بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية – غزة
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة – قسم الفقه المقارن

الحضانة في الفقه الإسلامي
وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني

إعداد الطالبة
عايدة سليمان أبو سالم

تحت إشراف
فضيلة الدكتور: أحمد ذياب شويدح
عميد كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة .

1424هـ – 2003م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾

سورة البقرة: جزء من الآية (233)

الإهـــــداء

إلى صاحبة القلب الكبير، والعقل الرزين، والعطاء بلا حدود، بقدر ما منحتني من حب وعطاء والدتي الحبيبة أطال الله عز وجل في عمرها

إلى روح والدي الطاهرة طيب الله عز وجل ثراه وأسأله سـبحانه وتعـالى أن يجعله من أهل الفردوس الأعلى وأن يجمعنا وإياكم فيها إنه سميع مجيب

إلى من وقف بجانبي وأنار لي دربي أخي الحبيب يوسف " أبي محمد"

إلى إخوتي وأخواتي وأبنائهم الأعزاء

إلى مناهل العلم ومناراته أساتذتي الأفاضل

إلى صديقاتي وزميلاتي في العمل

إلى طلبة العلم الشرعي

إلى روح الشهداء الأكرم منا جميعاً

إلى أبناء شعبي المرابط على ثرى فلسطين الحبيبة

إلى كل هؤلاء أهدي رسالتي

الفصل الأول

حقيقة الحضانة وترتيب الحواضن فيها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: حقيقة الحضانة :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف الحضانة

المطلب الثاني: حكم الحضانة

المطلب الثالث: صاحب الحق في الحضانة

المبحث الثاني: ترتيب الحواضن :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حضانة النساء

المطلب الثاني : حضانة الرجال

المطلب الثالث : حضانة النساء والرجال معاً

المبحث الأول
حقيقة الحضانة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف الحضانة

المطلب الثاني: حكم الحضانة

المطلب الثالث: صاحب الحق في الحضانة

المطلب الأول
تعريف الحضانة

أولاً : الحضانة في اللغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها وبالضاد المعجمة مصدر. الحاضن والحاضنة، وهما الموكلان بالصبي يحفظانه ويرفعانه ويربيانه[1] ورد قول عروة بن الزبير[2]: عجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضاناً لأبناء الملوك، أي مربين وكافلين[3].

والحضانة مشتقة من مادة حضن بكسر الحاء، والحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته[4].

والحِضْنْ مادون الإبط إلى الكشح[5] وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما[6]، والحضن: الجنب مثل حمل وأحمال، و الجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك[7] .

---

(1) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص911، الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق الغرباوي ، ج4، ص209، الراوي، ترتيب القاموس المحيط، ج1، ص662 – 663، النووي: تحرير التنبيه،ص319، تحقيق فايز ومحمد الداية، موسى والصعيدي: الإفصاح، ج1، ص9.

(2) هو عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي بن كلاب، كان يكنى (بأبي عبد الله المدني)، أمه أسماء بنت أبي بكر، كان فقيهاً فقه كثير الحديث ثبتاً مأموناً، توفي في أمواله بمجاح في ناحية الغُرة ودفن هناك، توفي سنة أربع وتسعين على الصحيح، انظر الدارقطني: ذكر أسماء التابعين، تحقيق الضناوي والحوت ،ج1، ص276 –277 ، الذهبي الكاشف،ج2، ص229، ابن حجر: تقريب التهذيب ، تحقيق عبد اللطيف، ج2، ص19، ابن سعد: طبقات، م5، ص178.

(3) ابن منظور: لسان العرب ج1، ص 911.

(4) ابن زكريا: معجم مقاييس اللغة، ج1، ص239، النووي: تحرير التنبيه ص 319.

(5) الكشح: جمع كشوح وهو ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف وهو من لدن السرة إلى الخلف، ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص3880، مصطفى وأخرون، المعجم الوجيز، ص535، الأسيل، ص597 – 598.

(6) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص911، النووي : تحرير التنبيه، ص319، الرافعي: المصباح المنير، ج1، ص218، المطرزي: المغرب، ص120.

(7) ابن منظور: لسان العرب ج1، ص 911، الأزهري: تهذيب اللغة، تحقيق الغرباوي، ص219 ، الرافعي: المصباح المنير،ج1، ص219.

وفي قول أسيد بن حضير[1] : أنه قال لعامر بن الطفيل[2] اخرج بذمتك لئلا أنفذ حضنيك[3] يقال احتضنت الشيء: جعلته في حضني، ونواحي كل شيء أحضانة[4].

وحَضَنَ الصبي حِضْناً وحِضَانةً بالكسر جعله في حِضْنه، أو رباه كاحتضنَه، كما تحتضِنُ المرأةُ ولدها فتحتملهُ في أحد شقيها، وكما يحتضِنُ الطائر بيضه، حضناً إذا جثم يكنفه بحضنه[5].

وفي الحديث: أنه خرج محتضناً أحد ابنى ابنته[6]، أي حاملاً له في حضنه[7].

وفي قول الأعشى[8] :

عريضة بوص[9] إذا أدبرت هضيم الحشا شخته[10] المحتضن[11]

---

(1) هو أسيد بن حضير بن سماك بن عتيك بن رافع بن امرئ القيس بن زيد بن عبد الأشهل بن حشم ابن الحارث ابن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصاري الأشهلي، صحابي جليل، اختلف في كنيته والأشهر(أبا يحيا)، كان شريفاً في قومه في الجاهلية وبعد إسلامه أصبح يعد من عقلائهم، توفي في شعبان سنة عشرين ودفن في البقيع، انظر ابن سعد: طبقات، ج3، ص603 –606، ابن عبد البر: الاستيعاب، تحقيق البجاوي، م1، ص92–94

(2) هو عامر بن الطفيل بن مالك بن جعفر بن كلاب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة العامري الجعفري، كنيته (أبا علي) اختلف في اسلامه والراجح أنه مات كافراً، وله ديوان شعر، انظر : ابن الأثير، أسد الغابة، ج3، ص22، كحالة: معجم المؤلفين، م3، ص54.

(3) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص911.

(4) ابن زكريا: مجمل اللغة، تحقيق سلطان، ج1، 239.

(5) ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص911، الزاوي: ترتيب القاموس، ج1، ص662– 663، المطرزي: المغرب، ص120.

(6) أحمد: المسند، ج6، ص409، الترمذي: سنن (محتضن) بدلاً من (محتضناً) في كتاب البر والصلة 11 باب ما جاء في حب الولد، رقم الحديث (1910) ج4، ص317، وقد حكم عليه الألباني في ضعيف سنن الترمذي بالضعف، انظر الألباني: ضعيف سنن الترمذي، ص205.

(7) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص911.

(8) هو ميمون بن قيس بن جندل بن شراحبيل بن عوف بن سعد، لقب بالأعشى لضعف بصره، وسمي بأعشى قيس و(الأعشى الأكبر) تميزاً له عن غيره من شعراء (العشو) ولقب بـ (صناجة العرب) لفخامة شعره وجزالته، أحد أصحاب المعلقات، يعتقد بأنه أدرك الإسلام ولم يسلم له ديوان شعر أكثره في المدح والغزل والخمريات، انظر: فرحات: ديوان الأعشى، ص5–7، كحالة: معجم المؤلفين ، م7، ص65.

(9) بوص: العجز ابن منظور: لسان العرب، ج1 ، ص911.

(10) شخته: الدقيق من الأصل لا من الهُزال، انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص2210.

(11) المرجع السابق، ج1، ص911، الأزهري: تهذيب اللغة، تحقيق الغرباوي، ج4، ص209، ابن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق هارون، ج1، ص239،.

الخلاصة :

من خلال ما سبق يتضح أن الحضانة في اللغة تطلق على عدة معان هي : التربيـــة، والكفالة، وحمل الشيء ، وحفظه ، وصيانته.

وتشمل المرأة والرجل كذلك. بالتالي الحضانة في اللغة عبارة عن "تربيـــة، وكفالـــة، وحفظ، وصيانة المرأة أو الرجل للصغير" وهي بهذا المعنى تتفق مع المعنى الإصطلاحي.

ثانياً : الحضانة في الاصطلاح :

عرف الفقهاء القدامى والمحدثون الحضانة بتعريفات تكاد تكون واحدة تـــدور حـــول معنى واحد وإن أطال البعض في التعريف، واختصره البعض الآخر.

أ) الحضانة في مفهوم الفقهاء القدامى :

عرف الفقهاء القدامى الحضانة في الاصطلاح بما يلي:

1- عرفها الحنفية بأنها : " تربية الولد لمن له حق الحضانة "[1].

يعتبر تعريف الحنفية لمصطلح الحضانة عام وشامل، ويتفق مع المعنى اللغوي حيث تحدث عن طرفي الحضانة، الحاضن والمحضون، وقد بدأ التعريف بكلمة التربية، والتربيـــة بمفهومها مصطلح عام يعني التنمية، يشمل المأكل والمشرب، وتقديم كافة الخدمات من غسل ودهن وكحل...إلخ ، ولكنه مع ذلك تضمن كلمة الحضانة إذ ذكر المعرف في التعريف وهـــو خلاف الأولى فلو حذفت لكان التعريف أضبط .

2- وعرفها المالكية بأنها : " حفظ الولد والقيام بمصالحه "[2] .

يعد تعريف المالكية أقل ضبطاً من تعريف الحنفية لأنه أشار إلى المحـــضون وفـــي معنى مضمر إلى الحاضن، وكان الأولى أن يشير بوضوح إلى الحاضن فيمكن لأي شـــخص أن يقدم الخدمات للمحضون، ويقوم بمصالحه، أما الحاضن فيجب أن تتوفر فيـــه شـــروط[3] وقيود معينة كي يستحق الحضانة .

---

(1) ابن عابدين : حاشية رد المحتار، ج3، ص555

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526.

(3) سيأتي الحديث عنها لاحقاً في الفصل الثاني من المبحث الأول ضمن المطلب الثاني.

3- أما الشافعية فقد عرفوا الحضانة بأنها : " القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يهلكه"[1]، وتسمى الحضانة الكبرى[2] .

أشار التعريف إلى بعض خصائص المحضون، بأنه لا يميز، ولا يستقل ويفهم من ذلك ضمناً أنها تشمل كذلك المجنون والمعتوه لعدم استقلالهم بذاتهم وأوضح بعض مهام الحاضن كالتربية بما يصلح الولد، ووقايته من أي أذى قد يلحق به، دون الحديث عنه بشكل عام، فكان من الممكن أن يتم اختصار هذا التعريف ببعض الكلمات المؤدية الشاملة لمعنى الحضانة .

4- وعرفها الحنابلة بأنها :

i- "تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيراً أو مجنوناً كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام[3]" .

ii- وقيل " هي حفظ من لا يستقل وتربيته حتى يستقل بنفسه[4]"

التعريف الأول: الذي عرف به الحنابلة الحضانة طويل بحيث كان من الممكن اختصاره بكلمة عامة شاملة وموجزة في نفس الوقت وهي التربية فالمربي متكفل بما سبق من أمور، إضافة إلى زيادة عبارة "ولو كبيراً مجنوناً".

وما ذكر من تعليق على المالكية والشافعية يذكر هنا في التعريف الثاني للحنابلة.

ب) مصطلح الحضانة عند الفقهاء المحدثين :

اقتبس الفقهاء المحدثون تعريف الحضانة من الفقهاء القدامى، وإن أطال البعض في تعريفهم، أو أضاف بعض الكلمات المرادفة التي تؤدي نفس المعنى، ومن هذه التعريفات :

1- عرفها الإمام أبو زهرة بأنها: "تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً[5]".

يتفق تعريف أبو زهرة مع تعريف اللغة والحنفية وإن أطال في التعريف.

2- وعرفها الجزيري بأنها:"حفظ الصغير والعاجز، والمجنون، والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه، من تنظيف وإطعام، وما يلزم لراحته"[6].

---

(1) الرافعي : العزيز، ج10، ص86، انظر: قليوبي وعميرة: حاشيتان، ج4، ص88.

(2) الشربيني الخطيب: الإقناع، ج2، ص148.

(3) ابن قدامة: المقنع، ج3،ص327، المرداوي: الإنصاف، ج9،ص416.

(4) المراجع السابقة.

(5) أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 406.

(6) الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ص594.

نلاحظ أن تعريف الجزيري يتفق مع تعريف المالكية والشافعية والحنابلة، وإن أطنب بعض الشيء في تعريفه.

3- وعرفها الخن وآخرون بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمر نفسه، وتربيته بمختلف وجوه التنمية والإصلاح"[1] .

يتفق هذا التعريف مع تعريفات المذاهب الفقهية الثلاثة، المالكية والشافعية والحنابلة ويفتقر إلى ما افتقرت إليه التعريفات المشار إليها.

الخلاصة :

أن العلماء اتفقوا في تعريفاتهم على أن الحضانة تشمل المحضون صراحة أما الحاضن فقد ذكره الحنفية صراحة، أما بقية المذاهب الأخرى فقد أشاروا إليه ضمناً من حيث بيان بعض المهام التي ينبغي أن يوفرها للمحضون، والذي يقوم بهذه الأشياء الحاضن وهذا واضح ولكن كي لا يتبادر إلى الذهن معانٍ أخرى، كان من الأفضل، الإشارة إلى ذلك صراحة كي تتلاشى كل الاحتمالات.

هذا وقد زاد الحنابلة في التعريف الأول كلمة (كبيراً) في قولهم "ولو كبيراً مجنوناً" وهذه الزيادة مقبولة، إذ رأى الحنابلة أن الكبير المجنون بحاجة إلى حفظ وصيانة كالصغير لعجزه عن القيام بأموره بنفسه فالحقوه به، والشافعية أشاروا إلى ذلك ضمناً حيث يفهم ذلك من سياق التعريف .

الرأي الراجح :

بعد هذا العرض لتعريف الحضانة في الاصطلاح تبين لي أن التعريف الراجح هو تعريف الحنفية: "تربية الولد لمن له حق الحضانة " . إذا استبدلنا كلمة الحضانة بكلمة **(فيها)** بحيث يصير التعريف " تربية الولد لمن له حق فيها " لأنه تعريف عام شامل لمعنى الحضانة حيث تضمن طرفي الحضانة وهما الحاضن والمحضون، إضافة إلى أنه يتفق مع المعنى اللغوي وهذا ما أشرت إليه سابقاً عند ذكر تعريف الحنفية.

---

(1) الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج2، 181.

ج) مصطلح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أما عن تعريف مصطلح الحضانة في قانون الأحوال فلم أعثر عليه في حدود ما اطلعت عليه من مراجع، والسبب في عدم وجود تعريف أن مواد قانون الأحوال المستمدة من المذهب الحنفي في الغالب لم تشر إلى ذلك، وتم أخذ النصوص كما هي دون إضافة أو تعديل.

وعند سؤالي للأستاذ سليمان الدحدوح وهو أحد الأشخاص الذين قاموا بجمع مواد قانون الأحوال أجاب بأنه يصعب على واضعي القانون تعريف الحضانة كمصطلح، وأنه بإمكان أهل الفقه أن يقوموا بصياغة التعريف المناسب لذلك.

وبناء على ما سبق يمكننا أن نعرف الحضانة في قانون الأحوال بنفس تعريف الحنفية لأنه التعريف المختار لديَّ كما ذكرت سابقاً.

والتعريف هو : " تربية الولد لمن له حق فيها " .

المطلب الثاني
حكـــم الحضـــانة

أولاً : أدلة مشروعية الحضانة:

الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

أ) أما الكتاب : فقوله تعالى :

1- **﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾**[1] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

تحدثت الآية الكريمة عن المطلقات اللاتي لهن أولاد، فالمطلقة أحق برضاعة ابنها إن رضيت بإرضاعه، وإن فطم فالأم أحق بحضانته ما لم تتزوج بزوج آخر لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة : "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2] وإذا كانت المطلقة أولى بالرضاع والحضانة، فمن باب أولى أن تثبت للزوجات حال قيام الزوجية[3].

الخلاصة :

دلت الآية بوضوح على مشروعية الحضانة وأن الأم أحق بها من غيرها.

2- قوله تعالى : **﴿ ذَلِكَ مِنْ أَنبَاء الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُون أَقْلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾**[4].

---

(1) سورة البقرة: جزء من الآية (233).

(2) أحمد : المسند،ج2، ص182، وأبو داود: سنن ، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث (2276)، ج2، ص292، الشوكاني: نيل الأوطار كتاب النفقات (6)، باب من أحق بكفالة الطفل، رقم الحديث (2974)،ج7،ص129.

(3) انظر الطبري: جامع البيان، م2، ص305- 306، ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، تحقيق البنا، ج3،ص 583- 584، البغوي: معالم التنزيل، م1، ص316 – 317، الزحيلي: التفسير المنير، ج3، ص227 .

(4) سورة آل عمران: الآية (44).

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

تحدثت الآية الكريمة عن كفالة مريم حيث أخبر الله عز وجل نبيه صلى الله عليه وسلم بأنه لم يكن لدى الأحبار وهم يجرون القرعة بينهم أيهم يكفل ويحضن مريم لرغبتهم في الأجر، بل أطلعه الله عز وجل على ذلك وكأنه كان حاضراً وشاهداً على أمرهم[1] .

3- قوله تعالى : ﴿ **وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيمًا * وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا**﴾[2] .

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

أن الله عز وجل أمر الابن إذا بلغ عنده أحد الأبوين أو كلاهما الكبر، بحيث صارا بحالة من الضعف والعجز، أن يرعاهما، لأن الوالد بعد أن كان قوياً قادراً على السعي والعطاء والإنفاق أصبح الآن محتاجاً إليه لأنه إما أن يكون قعيد البيت أو طريح الفراش.

هذا وقد أثبتت الآيتان الكريمتان أن للأبوين على الابن عدة حقوق وهي: عدم التأفف والنهر، والقول الكريم، وخفض جناح الذل من الرحمة في وقت أحوج ما يكونان فيه إلى الرحمة، كوقت رحمتهما عليه وهو صغير، وكذلك الدعاء لهما بالرحمة وخص التربية بالذكر في الآية الكريمة ليذكر العبد شفقة الأبوين وتعبهما في تربيتهما له فيزيده ذلك شفقة بحالهما[3] .

ب) السنة :

وردت عدة أحاديث تدل على مشروعية الحضانة منها :

1- "... فخرج النبي فتبعتهم ابنة حمزة يا عم يا عم فتناولها على فأخذ بيدها وقال لفاطمة دونك ابنة عمك احمليها، فاختصم فيها علي وزيد وجعفر فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، قال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم..."[4] .

---

(1) انظر الجصاص: أحكام القرآن ج2، ص13، ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، تحقيق البنا، ج2، ص707، تحقيق البنا، البغوي: معالم التنزيل، م1، ص465، الشعراوي: تفسير الشعراوي، م3، ص1463، الزحيلي: التفسير المنير، ج3، ص227.

(2) سورة الإسراء: الآيتين (23 – 24).

(3) انظر: الألوسي: روح المعاني، ج15، ص57، الشعراوي : تفسير الشعراوي ، م14، ص8460 – 8466، الزحيلي: التفسير المنير ، ج15، ص54 – 55.

(4) البخاري: صحيح، كتاب الصلح، باب كيف يكتب(هذا ما صالح فلان ابن فلان ابن فلان بن فلان) ولم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، رقم الحديث (2699)، ج7، ص171– 172، وفي كتاب المغازي، 43 باب عمره القضاء رقم الحديث، 4251، ج9، ص532– 533 .

وجه الدلالة في الحديث الشريف:

الحديث يدل على مشروعية الحضانة، وأن الخالة تقدم على القريبات في حالة النزاع بدليل قضائه صلى الله عليه وسلم للخالة بأحقيتها للحضانة إذ هي بمثابة الأم بدليل قوله: "الخالة بمنزلة الأم" .

2- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا، كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أنت أحق به ما لم تنكحي"[1] .

وجه الدلالة:

يدل الحديث دلالة واضحة على مشروعية الحضانة، وأن الأم أحق بحضانة طفلها من أبيه ما لم تتزوج.

3- ما روي أن امرأة جاءت، فقالت: يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهما عليه"، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به[2].

وجه الدلالة:

يدل الحديث على أن الحضانة مشروعة، وأن الابن يخير بعد سن معينة (7سنوات) بين أبويه ، ويذهب مع أيهما شاء على خلاف بين العلماء سيأتي في مبحثه لاحقاً.

ج) الإجماع :

لا خلاف بين أحد من الأئمة على مشروعية الحضانة، ودليل ذلك أن عمر ابن الخطاب – رضي الله عنه– طلق جميلة أم عاصم[3] الأنصارية، ثم أتى عليها، وفي حجرها

(1) سبق تخريجه ص(14) .

(2) أبو داود: سنن، كتاب الطلاق، باب (من أحق بالولد) رقم الحديث(2277)، ج2، ص292، والنسائي : سنن، كتاب الطلاق، (52) باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، رقم الحديث (3493)، ص844، الصنعاني: سبل السلام، ج3، ص228، الشوكاني: نيل الأوطار، رقم الحديث 2975، ج7، ص130 – 131.

(3) جميلة أم عاصم : هي جميلة بنت ثابت بن أبي الأفلح ، أخت عاصم بن ثابت ، تزوجها عمر بن الخطاب سنة 6 هـ ، فولدت له عاصم بن عمر ، طلقها عمر فتزوجها بعده يزيد بن حارثة فولدت له عبد الرحمن بن يزيد فهو أخو عاصم لأمه . انظر : الطبري ، تاريخ الطبري ، ج2 ، ص 642 ، ابن سعد : الطبقات الكبرى ، ج 28 ، ص 346 .

عاصم، وأراد أن يأخذه منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فقال أبو بكر لعمر: "خل بينها وبينه، فإن مسحها[1] وحجرها[2] وريحها[3] خير له منك، حتى يشب الصبي" والصحابة رضوان الله عليهم حاضرون متوافرون، ولم ينكر أحدٌ منهم ذلك، فكان إجماعاً[4]"[5]

الخلاصة :

أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة، و لم ينكر أحدٌ على أبي بكر فعله فكان إجماعاً سكوتياً.

ثانياً: حكم الحضانة:

أما عن حكم الحضانة فقد اختلف العلماء في حكمها على قولين :

القول الأول : ذهب المالكية والشافعية إلى القول بأن الحضانة فرض كفاية .

القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى القول بأن الحضانة واجبة.

الأدلـــة :

1) أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على صحة ما ذهبوا إليه بالقياس.

إذ يرى المالكية والشافعية بأنه لا يحل ترك الصغير بدون كفالة ولا توفية حق حتى يهلك ويضيع، فالحضانة فرض كفاية كالنفقة إذا فعله البعض سقط الحرج عن الناس، ولا يتعين

---

(1) مسحها : المسح هو العطف . انظر : أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج2 ، ص 217 .

(2) حجرها : حضنا . انظر : ابن منظور ، لسان العرب ، ج1 ، ص 782 .

(3) ريحها : ريح بمعنى القوة والغلبة . انظر : الرازي ، مختار الصحاح ، ص 262 .

(4) الإجماع: ابن منصور: السنن، بلفظ (ولطفلها خير له منك) ج2، ص139، المرجع السابق، بلفظ (وحجرها خير له منك) رقم الحديث 2273، باب الحث على تعليم الفرائض، ج2، 2140، ابن أبي شيبه: مصنف بلفظ(وريحها خير له منك حتى يشب) ج4، ص180، وابن همام: المصنف، بلفظ (خير له منك حتى يشب ويختار) رقم الحديث 12601، ج7، ص154 ، الصنعاني: سبل السلام، بلفظ(وحجرها خير له منك حتى يشب ويختار) في باب الحضانة ج3، ص227، ابن قدامة: المغني، بلفظ (ولطفها خير له منك)،ج8، ص191، ابن حزم: المحلي بلفظ(وفراشها خير له منك حتى يشب)، ج10، ص327.

(5) انظر المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود،ج5، ص203، ابن رشد: مقدمات، م22، ص 258.

الوجوب إلا على الأب وحده، والأم يتعين عليها في حولي الرضاعة إذا لم يكن للطفل أب، أو مال تستأجر له منه المرضعة، وكذلك إن كان لا يقبل ثدي سواها فإنها تجبر على إرضاعه[1] .

2) أدلة القول الثاني:

استدل الحنابلة على صحة ما ذهبوا إليه بالقياس أيضاً .

إذ يرى الحنابلة أن حضانة الطفل واجبة، إذ بدونها يهلك فيجب حفظه من ذلك، كما يجب الإنفاق عليه وانجاؤه من المهالك[2].

الخلاصة :

من خلال ما اطلعت عليه من مراجع للفقه الحنفي لم أعثر على حكم الحضانة لديهم، أما بقية المذاهب فالحضانة عندهم مختلف في حكمها بين الوجوب وبين فرض الكفاية، واستدل كلا من أصحاب القول الأول والثاني، على صحة ما ذهبوا إليه بالقياس على النفقة، والتأويل واحد ألا وهو حفظ المحضون من الهلاك.

والرأي الراجح :

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن الحضانة فرض كفاية لأن المقصود منها تربية المحضون ويقوم بذلك من توافرت فيه شروط معينة، فإذا فقد الحاضن أيا كانت درجته، ووجد آخرون بإمكانهم مساعدة الصغير وتربيته وتخلو عن ذلك، عندئذ يتعين الوجوب كما في القول الثاني، ويلحق الإثم بالآخرين لتقصيرهم في حق المحضون.

---

(1) انظر: ابن رشد: مقدمات، م2، ص 258 –259، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص516، الرافعي: العزيز، ج10، ص87.

(2) انظر : ابن قدامة: المغنى، ج9، ص133، الزحيلي: الفقه الإسلامي، ج10، ص 7296، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص303، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص562.

المطلب الثالث
صاحب الحق في الحضانة

تشارك الأم الأب في حضانة الأولاد في الظروف العادية، فإذا ما حصلت الفرقة بينهما، أصبحت الأم أحق من الأب ومن سائر الأقارب في حضانته.

فهل الحضانة حق للأم، أم حق للصغير، أم حق مشترك بينهما؟ الحقيقة أن العلماء اختلفوا في هذه المسألة اختلافاً كثيراً، وقسموها إلى عدة تقسيمات، حسب اعتبارات عدة:

فمنهم من يرى أن صاحب الحق في الحضانة إما أن يكون الأم أو الأب أو الصغير، والبعض الآخر يرى أن صاحب الحق إما أن يكون الأم أو الصغير أو هي حق مشترك بينهما، وتقسيم ثالث أن الحضانة إما أن تكون حقاً لله عز وجل وإما أن تكون حقاً للأم، وتقسيم رابع يرى أن الحق أما أن يكون للأم أو للصغير.

والتقسيم الذي سأتناول الحديث عنه التقسيم الأخير وهو أن صاحب الحق إما أن يكون الأم أو الصغير وذلك لأن جميع التقسيمات سابقة الذكر تدخل ضمن هذا التقسيم وسأذكر لاحقاً فرعاً نتج عن هذا التقسيم إن شاء الله تعالى .

أولاً : المسألة الأولى :

اختلف الفقهاء في صاحب الحق في الحضانة على قولين :

1- **القول الأول:** ذهب بعض الحنفية وهو المفتي به عندهم، ومالك في رواية وهو المشهور عند المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة والظاهرية إلى القول بأن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة[1].

---

(1) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46 – 47، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص180، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص230، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص559 – 560، ابن عبد البر، الكافي، ص296، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص632 – 633، ابن رشد: المقدمات م2، ص262، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص235، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص283 – 284، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، المرداوي: الانصاف، ج9، ص416، ابن حزم: المحلي، ج10، ص323، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص563، قاسم: حقوق الأسرة، ص392.

2- **القول الثاني:** ذهب محمد وأبو الليث والهندواني وخواهر زادة من الحنفية، ومالك في رواية أخرى وابن الماجشون وآخرون من المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، إلى القول بأن: الصغير هو صاحب الحق في الحضانة[1].

سبب الخلاف: يرجع سبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة إلى وجه الدلالة من الكتاب والسنة والإجماع.

الأدلـــــة:

1) استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً : الكتاب :

قال تعالى : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾[2] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الأمر في الآية محمول على الندب فلا تجبر الأم على الحضانة، أو أن الآية محمولة على الإنفاق وعدم التعاسر، وأنها وإن عجزت عن حضانة الولد فإن شفقتها تدعوها إلى أن تحضنه لكن العجز هو الذي منعها من ذلك فلا تجبر عليها [3].

ثانياً : السنة :

حديث المرأة التي جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم: وقالت: يا رسول الله إن ابني هذا، كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي [4]"[5].

وجه الدلالة: الحديث واضح الدلالة على أن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة.

---

(1) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص559، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص 180، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص47، ابن عبد البر، الكافي، ص296 ابن رشد: المقدمات، م2، ص262، الانصاري: الغرر البهية، ج8، ص583، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص 563، الجندي: الحضانة في الشرع والقانون، ص12.

(2) سورة البقرة: جزء من الآية (233).

(3) انظر: الزيلعي ، تبيين الحقائق، ج3، ص 46 – 47.

(4) سبق تخريجه ص(14) .

(5) المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن رشد: المقدمات، م2، ص259، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص283، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص31، ابن قدامة: المغني، ج8، ص133، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص406، قاسم: حقوق الأسرة، ص391.

ثالثاً : الإجماع :

قضاء أبي بكر بعاصم لأمه إذ قال لعمر: " خل بينها وبينه، فإن مسحها وحجرها وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي"[1] والصحابة رضوان الله عليهم حاضرون ، ولم ينكر أحدٌ منهم ذلك، فكان إجماعاً سكوتياً[2].

رابعاً : المعقول :

1- الأم أشفق على الطفل وأقرب إليه من الغير ولا يشاركها في ذلك إلا الأب، لكنه ليس بنفس الدرجة، إضافة إلى أن عدم توليه الحضانة بنفسه إنما يعطي الطفل لغيره يقوم بعنايته[3].

2- أن النساء أخص وأقدر على التربية من الرجال[4].

نلاحظ أن: الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول تدل دلالة صريحة على أن الأم أحق بحضانة الطفل من غيرها، لكنها لم تدل دلالة واضحة على أن حق الأم يتعارض مع حق الصغير، أو أن الأم حقها مقدم عليه، والله تعالى أعلم.

2) استدل أصحاب القول الثاني: بالكتاب والمعقول:

أولاً : الكتاب :

قوله تعالى :﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾[5] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الأمر للوجوب فتجبر الأم على الحضانة لمصلحة الصغير . ويجبر الأب على أخذه بعد استغنائه عن حضانة أمه لأن النفقة والصيانة على الأب بالإجماع[6] .

---

(1) سبق تخريجه ص (17) .

(2) الكواكب المشرقة، ص 41، المرغنياني: الهداية، ج1، ص37، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص31، ابن قدامة: المغني، ج8، ص133، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص406، قاسم: حقوق الأسرة، ص392 .

(3) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص47، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181ن البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، ابن قدامة : المغني، ج8، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، الخن وآخرون: الفقه المنهجي، م2، ص182

(4) عجور :حقوق الأولاد، ص127، رسالة ماجستير.

(5) سورة البقرة: ج من آية (233).

(6) انظر: الزيلعي : تبيين الحقائق، ج3، ص47.

ثانياً: المعقول:

أن الصغير بحاجة إلى من يتولاه ويقوم بتربيته بسبب عجزه عن القيام بشئونه فأحياناً يحتاج إلا من يقوم بمنفعة بدنه وأحياناً أخرى يحتاج إلى من يقوم على أحواله فنظر من أقدر في الجانب الأول فوجد النساء أقدر فأعطيت للنساء من أجل مصلحة الصغير ، كما جعلت الولاية في المال إلى الأب والجد، لأنهم أبصر وأقوم في التجارة من النساء[1].

قال محمد لو اختلعت الأم على أن تترك الولد عند أبيه فالخلع جائز والشرط باطل لأن الحضانة حق للولد في أن يكون عند أمه متى احتاج إليها[2].

نلاحظ: أن أدلة الفريق الثاني مثل أدلة الفريق الاول تفتقر إلى الدلالة الواضحة في بيان التعارض بين الحقوق في حضانة الطفل وبناءً عليه فإن الأدلة التي جاء بها الفريقان تدل على أن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون والأب، فالأم تقدم على الجميع لشفقتها وحنانها ودرايتها بأمور التربية ولحديث "من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة[3]"، والصغير صاحب حق لأنه بحاجة إلى من يعتني به. ويربيه حتى يدرك ما يدور حوله ومن ثم يتمكن من اتخاذ القرارات التي تعينه في حياته والأب صاحب حق لأن الولد ينسب إليه، إضافة إلى أنه هو الذي يتولى النفقة عليه.

فإذا ما تعارضت جميع الحقوق، قدم حق الصغير لأنه حق لله، إذ يمثل الصغير وغيره جيل إسلامي يستحق كل رعاية واهتمام إضافة إلى أن القصد من الحضانة تحقيق النفع للمحضون وإذا ما تعارض حق الأم مع الأب قدم حق الأم لأنها الأجدر بالحضانة للأدلة السابقة الذكر.

أما في قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً : قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة :

فالمادة (387) من قانون الأحوال تنص على ما يلي: "إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنعت فحينئذ إذا لم يكن لها زوج أجنبي[4] " .

---

(1) انظر ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص180.

(2) انظر المرجع السابق، ج4، ص180.

(3) مسلم: صحيح، م5،ص413، والدارمي : السنن، كتاب السير (38 باب النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها) ج1، ص227-228، الترمذي : سنن (22 كتاب السير)، (17 باب في كراهية التفريق في السبي) رقم الحديث (1572) وقال حديث حسن غريب، ج3، ص205.والألباني : الجامع الصغير، صحيح رقم الحديث (6412)، م2، ص1095.

(4) سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62.

فقانون الأحوال يدل دلالة واضحة على أن الحضانة حق للأم بدليل عدم إجبارها إلا في حالة الضرورة.

ثانياً : قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية:

ففي حدود ما اطلعت عليه من مراجع لم أجد مادة تنص على أنه يوجد تعارض بين حق الأم وحق الصغير.

يتفرع عن هذا الخلاف خلاف آخر وهو: هل يستمر حق الحضانة للأم حتى يبلغ الغلام وتتزوج الأنثى، أم يقتصر حقها على مرحلة ما قبل التمييز، خلاف على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، وبعض المالكية دون تمييز بين الحرة والأمة، وبعض الشافعية ورواية للحنابلة إلى أن حضانة الأم تستمر حتى يبلغ الغلام، والجارية حتى تتزوج ويدخل بها الزوج، أو تبلغ كما قال الظاهرية[1].

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى القول بأن الأم المجوسية أو الكتابية فقط تستمر حضانتها حتى يميز الصبي والمالكية ورواية أخرى للحنابلة أن حضانة الأم تستمر حتى يميز الصبي والجارية فيخيران[2].

الأدلـــــة:

استدل أصحاب القول الأول بالسنة والاستحسان[3]:

أولاً: السنة:

1- قوله صلى الله عليه وسلم للمرأة :" أنت أحق به مالم تنكحي[4]"[5] .

---

(1) انظر: الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46 -47، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص632 - 633، الإحسائي: تبين المسالك، ج3، ص252، الخرشي: حاشية الخرشي ، ج5، ص 235- 236، الزركشي: شرح الزركشي، م8، ص 34 -35، ابن حزم: المحلي، ج10، ص 323.

(2) انظر الكواكب المشرقة، ص 41-42، الزركشي: شرح الزركشي، م8، ص34، قاسم: حقوق الأسرة، ص391 - 393.

(3) الاستحسان: أ- قال الكرخي:"الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول" ، الرازي : المحصول ، ج2، ص169.

(4) سبق تخريجه : ص (14).

(5) ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46، المرغيناني: ج1، ص37، ابن رشد: المقدمات، م2، ص259، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص283، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص31، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ، ج3، ص263، الشعراوي: أحكام الأسرة، ص610.

2- قصة ابنة حمزة حيث اختصم فيها علي وزيد وجعفر فقال علي: أنا أحق بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، قال زيد: ابنة أخي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال: "الخالة بمنزلة الأم [1]"[2]

ثانياً: الاستحسان:

"القياس أن الحضانة حق للأم في الغلام، إلى وقت البلوغ لحاجة الصغير إلى التربية لكنه استحسن في الغلام أن يكون للأب حالة البلوغ لأنه يحتاج إلى التأديب، والأب أقدر على ذلك من الأم[3]" .

الخلاصة :

من خلال التأمل في الأدلة التي استندوا إليها من السنة فلا أرى دلالة واضحة تذكر أن حضانة الأم تستمر حتى البلوغ .

أدلة الفريق الثاني : استدل أصحاب الفريق الثاني بالسنة:

1- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه[4].

2- أن امرأة جاءت، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" استهما عليه" ، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به[5].

3- عن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري عن جده " أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء بابن له صغير لم يبلغ قال: فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب ههنا والأم ههنا ثم خيره وقال: "اللهم اهده فذهب إلى أبيه"[6] " .

---

(1) سبق تخريجه ص (14).

(2) ابن رشد: المقدمات، م2، ص258،الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص 35، 36.

(3) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص230.

(4) الشوكاني : نيل الأوطار، كتاب النفقات، باب من أحق بكفالة الطفل، رقم الحديث (2975)، ج7، ص130 .

(5) سبق تخريجه، ص (16) .

(6) النسائي: سنن، كتاب الطلاق، (52 باب إسلام أحد الأبوين وتخيير الولد) رقم الحديث (3492)، ج6، ص844، الشوكاني : نيل الأوطار، كتاب النفقات، باب من أحق بكفالة الطفل، رقم الحديث 2975، ج7، ص130.

وجه الدلالة من الأحاديث الشريفة:

أن الأم أولى بحضانة الصبي قبل التمييز، فإذا ميز خير بينها وبين الأب، وسلم إلى من يختاره، غلاماً كان أو جارية[1] .

أما عن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني فالمادة (380) تنص على أن :

أولاً : قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة فالمادة (391) تنص على ما يلي :

" تنتهي مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك إذا بلغ سبع سنين وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين وللأب حينئذ أخذهما من الحاضنة فإن لم يطلبهما يجبر على أخذهما..."[2].

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية فالمادة (162) تنص على أنه:

" تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية أولادها وحضانتهم إلى بلوغهم" [3].

الرأي الراجح:

أرى الجمع بين القولان بحيث تستمر حضانة الأم للذكر حتى سن السابعة ثم ينتقل بعد ذلك إلى حضانة الأب لتحقق مصلحة الصغير في ذلك ، في حين أن تستمر حضانة الأم للأنثى حتى سن البلوغ طالما أن شروط الحضانة متوفرة فيها .

---

(1) انظر، الغزالي: الوسيط، ج6، ص240

(2) السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص571.

(3) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص63.

المبحث الثاني
ترتيب الحواضن

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: حضانة النساء

المطلب الثاني: حضانة الرجال

المطلب الثالث: حضانة النساء والرجال معاً

المطلب الأول
حضانة النساء

قبل الشروع في الحديث عن حضانة النساء ينبغي أن أوضح طبيعة العلاقة بين الطفل وأمه ، حيث أثبتت الدراسات الحديثة أن حرمان الطفل من أمه له سلبيات جسيمة تتمثل في تأخر نموه جسمياً وعقلياً ولغوياً واجتماعياً[1] ، فقد بين (رابيل Ribble) من خلال دراسة قام بها لمعرفة خبرات الطفل وعلاقاتها بنمو الشخصية أن " الطفل الذي يحرم من الفرصة الطبيعية للتعبير عن الحب المتبادل بينه وبين أمه يبدأ في تكوين سلوك يتصف بنوع من الاستكانة والكآبة ، وتقل استجاباته لابتسامات ومداعبات الآخرين ، وتظهر لديه حالات من الانفعالات الحادة ، وتظهر على تصرفاته علامات الشقاء والبؤس ، وتزداد هذه الظاهرة وضوحاً في حالة حرمان الطفل من رعاية أمه بعد فترة من رعايتها له "[2] .

وفيما يلي الحضانة عند كل مذهب:

أولاً : المذهب الحنفي:

النساء أليق بالحضانة من غيرهن لشفقتهن على الصغير، لذلك قدمن على الرجال وأولى الحاضنات (الأم) فهي الأحق بحضانة طفلها بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بإجماع العلماء إذا ما توفرت فيها الشروط المطلوبة[3]، والدليل على أن الأم هي الأحق أن امرأة جاءت إلى الرسول(ﷺ) فقالت له: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء، وحجري له حواء وأن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال:"أنت أحق به ما لم تنكحي"[4]،

---

(1) الدويبي : الإسلام والطفل ، ص 64 .

(2) المرجع السابق ، ص 65 .

(3) انظر: المرغيناني:الهداية، ج1، ص37، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص 367 –368، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص 46، ابن عابدين، حاشية رد المحتار،ج3، ص555، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص 206، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، الكواكب المشرقة، ص 42، نظام: الفتاوي الهندية، ج1، ص422، وسيأتي الحديث عن الشروط في مطلبها.

(4) سبق تخريجه ص (14) .

ولحديث : "من فرق بين والدة وولدها، فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة[1]" وقضاء أبي بكر في ابن عمر لأمه[2][3] .

(ثم أم الأم) لأن ولاية الحضانة مستفادة من قبل الأم، فكانت التي من قبلها أولى، هذا إذا كانت الأم ميتة أو ليست أهلاً للحضانة، فتنتقل لأم الأم وإن علت، والجدة من جهة الأم أولى من أم الأب ومن الخالة[4].

والدليل على ذلك : "أن عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ عمر ابنه عاصماً فأدركته أم جميلة[5] فأخذته فترافعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهما متشبثان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها فاخذته[6]"[7] .

(ثم أم الأب وإن علت) اختلف في تقديم أم الأب على الخالة لأم، فذهب أبو حنيفة في رواية وزفر ومحمد إلى تقديم الخالة لأم على أم الأب واستدل على ذلك بحديث"الخالة بمنزلة

(1) سبق تخريجه ص (22).

(2) سبق تخريجه ص (17) .

(3) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص 368، الزيلعي وابن نجم : تبيين الحقائق، ج3، ص 46، ابن عابدين، حاشية رد المحتار،ج3، ص555، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود،ج5، ص 206، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، الكواكب المشرقة، ص 42.

(4) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص 369، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3، ص 46، ابن عابدين، حاشية رد المحتار،ج3، ص555، الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص 206، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص182، الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص206، السرخسي: المبسوط، ج5، ص210 الكواكب المشرقة، ص 43، نظام : الفتاوي الهندية، ج1، ص422.

(5) أم جميلة هي الشموس بنت أبي عامر الراهب أمها عميق بنت الحارث، تزوجت من ثابت بن أبي الأقلح اسمه قيس بن عُصيمة بن مالك أنجب له عاصم بن ثابت، وجميلة التي تزوجها عمر بن الخطاب وأنجبت جميلة أم عاصم بن عمر، أسلمت الشموس وبايعت الرسول. انظر: ابن سعد : الطبقات الكبرى، تحقيق محمد عطا، ج8، ص260 ، ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج8، ص122.

(6) الزيلعي: نصب الراية، ج3، ص266، ،267، كتاب الطلاق باب حضانة الولد، رقم الحديث (1)، ابن أبي شيبه: المصنف، م4، ص163 في كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير، رقم الحديث (11).

(7) انظر : الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص47، الكاساني: بدائع الصنائع تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص206.

الأم"[1]، وذهب البعض إلى تقديم أم الأب على الخالة لأنها من الأمهات، وتحرز من الميراث السدس، وأشفق على الأولاد من غيرها[2].

(ثم الأخت لأب وأم ثم لأم ثم لأب) فهي أي الأخت لأب وأم أولى من العمات والخالات، لأنهن بنات الأبوين، ولهذا يقدمن في الميراث على غيرهن، ثم تقدم الأخت لأم لأن الحق لها يأتي من جهة الأم[3]، "أما الأخت لأب فذكر المصنف أنها مقدمة على الخالة اعتبار قرب القرابة وتقدم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد مرتبتهما قرباً وهذه رواية كتاب النكاح وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب" [4] .

واستدل القائلون بتقديم الخالة لأم على الأخت لأب بقوله (ﷺ) : " الخالة بمنزلة الأم"[5] ، "وبنات الأخت لأب وأم أو لأم أولى من الخالات واختلفت الروايات في بنات الأخت لأب والصحيح أن الخالة أولى منهن وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن الأخت لها حق في الحضانة دون الأخ فكان المدلى بها أولى وإذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة فأورعهم أولى ثم أكبرهم[6]"

(ثم الخالات) أولى من العمات ترجيحاً لقرابة الأم، فترجح الخالة لأم وأب على غيرها، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب[7] .

(ثم العمات) حيث تقدم العمة الشقيقة لأب وأم على غيرها، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب[8].

---

(1) سبق تخريجه (15) .

(2) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص207–209، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص369، السرخسي:المبسوط،ج5، ص210، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص563، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص182، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص47، المرغيناني: الهداية ، ج1، ص37، الكواكب المشرقة43.

(3) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص369، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص563، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص182، السرخسي: المبسوط، ج5، ص211.

(4) الزيلعي: تبيين الحقائق ، ج3، ص47.

(5) سبق تخريجه: ص (15).

(6) الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص47

(7) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص369، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص563، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص182، السرخسي: المبسوط، ج5، ص211. الزيلعي : تبيين الحقائق، ج3، ص47، الكواكب المشرقة، ص43.

(8) انظر : المراجع السابقة.

ولم يذكر بنات العم والعمة، وبنات الخال والخالة، إذ لا حضانة لهم لأن من شـــروط الحضانة أن تكون المرأة ذات رحم[1] محرم[2]، إضافة إلى أن الحضانة مبنية على الـــشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بذلك، فيتقدم الأقرب فالأقرب من ذوات الرحم المحرم [3] .

ثانياً : المذهب المالكي :

الحضانة مرتبة بحسب الحنان والرفق، وأشفق الناس بالمحضون وأرأف به (الأم) إذ لا خلاف بين أحد من أهل العلم أن الأم هي الأحق بالحضانة من الأب ومن ســـائر الأوليـــاء من الرجال والنساء، والدليل على ذلك الأحاديث التي وردت عن النبي(ﷺ) في تخيير الغـــلام بين أبويه[4] .

(ثم أم الأم) أي جدة المحضون أن ماتت الأم، فتقدم أم الأم إذا لم يكن زوجها أجنبيـــاً وإلا سقطت الحضانة[5] .

(ثم جدتها) أي جدة الأم وإن علت بأن لم توجد أم الأم[6] .

(ثم الخالة) أي أخت الأم الشقيقة أو الأخت لأم في المشهور لأن أقربـــاء الأم أحـــق بالحضانة من الأب.

---

(1) الرَّحِم: الأقارب، ويطلق في الفرائض على الأقارب من جهة النساء، والرحم هو من لا يحل نكاحـــه كـــالأم والبنت والاخت.. إلخ، انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص1613، محمود: الأداء، ص264.

(2) المَحْرَم: جمع محارم، من يحرُم نكاحه حرمة مؤبدة. انظر: قلعجي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء، ص411.

(3) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص205، 210، الزيلعـــي: تبيـــين الحقائق ، ج3، ص47.

(4) انظر: ابن رشد المقدمات، م2، ص259، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص252، ابن موسى: حاشية الخرشي، ج5، ص235، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص633، الدسوقي: حاشـــية الدســـوقي، ج2، ص526، ابن عبد البر الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248، مالك: ملحـــق المدونـــة، ج5، ص320.

(5) انظر : المراجع السابقة.

(6) انظر ابن رشد: المقدمات ، م2، ص259، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص252، ابن موسى: حاشية الخرشي، ج5، ص235، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص633، الدسوقي: حاشـــية الدســـوقي، ج2، ص526، ابن عبد البر الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248.

وفي قول آخر رواه ابن دهب عن مالك أن الأب أحق من الخالة[1] .

(ثم خالتها) أي خالة الأم أحق من غيرها[2] .

(ثم عمة الأم) فتقدم على غيرها[3] .

ثالثاً : المذهب الشافعي :

إذا اجتمع النساء من أهل الحضانة قدمت (الأم) على الجميع لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي"[4] ولأنها الأكثر شفقة من غيرها على طفلها[5] .

فإذا ما فقد شرط من شروط الحضانة انتقلت إلى التي تليها من الحاضنات من حيث قوة القرابة الأقرب فالأقرب .

(ثم أم الأم) وإن علت تقدم على أم الأب لأنها الأقوى في الميراث من أم الأب وكذلك لا تسقط بالأب بخلاف أم الأب إذا وجدت الأم سقطت بها[6].

(ثم أم الأب) في الجديد وهو الصحيح فتقدم على الأخت والخالة كأم الأم لأنها وارثة، وعليه فالحضانة تكون لها ثم لأمهاتها وإن علون، ثم أمهات أب الجد، ثم الأخوات، فالخالات، والعمات، لأنهن راكضن[7] الولد في الرحم، وشاركوا في النسب ثم الأخت من

---

(1) انظر ابن رشد: المقدمات ، م2، ص259، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص252، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص235، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص633، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526، ابن عبد البر: الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248.

(2) انظر : المراجع السابقة.

(3) انظر : المراجع السابقة.

(4) سبق تخريجه ص(14).

(5) انظر : الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص215، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الرافعي: العزيز، ج10، ص87، الخطيب: الاقناع، ج2، ص148، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص516، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص243، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي: ج2، ص352 الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص591.

(6) انظر: المراجع السابقة.

(7) راكضن: من رَكضَ، رَكْضا، وركَضَه أي عدا مسرعاً، وارتكاض من الصبي: أي اضطراب وتحرك الطفل في بطن أمه، واركضت الناقة أي تحرك ابنها في بطنها، جاء في التنزيل (اركض برجلك هذا مغتسل بارد وشراب) سورة ص: آية (42)، انظر : ابن منظور : لسان العرب، ج3، ص1718 –1719، مصطفى وآخرون : المعجم الوسيط، ج1، ص383، ابن زكريا: مجمل اللغة، تحقيق زهير سلطان، ص 397.

الأب والأم، ثم الأخت لأب، ثم الأخت لأم، وفي قول تقدم الأخت لأم على الأخت لأب لأنها الأقوى من جهة الأم والصحيح أن الأخت لأب تقدم على الأخت لأم لأنها الأقوى في الميراث والتعصيب[1] مع البنات، ولأنها تقوم مقام الأخت لأم وأب في الميراث فكذلك تقوم مقامها في الحضانة فتقدم على الأخت لأم[2] أما في القديم فتقدم (الأخت أو الخالة) على أم الأب واستدلوا على ذلك بقضاء الرسول(ﷺ) في ابنة حمزة لخالتها وقال: "الخالة بمنزلة الأم"[3] ولأن الخالة تدلى من جهة الأم، والأم لأب تدلى بالأب، والأم تقدم على الأب فتقدم كذلك الخالة، والأخت تقدم لأنها ركضت مع الولد في الرحم، وأم الأب ليست كذلك، وعليه فإن الحضانة تكون حقاً للأخت من الأب والأم، ثم الأخت من الأم، ثم الخالة، ثم لأم الأب، ثم للأخت من الأب ثم للعمة[4] .

(ثم الخالات) فتقدم على العمات، لأنهن يتساوين مع العمات في نفس درجة الإرث إلا أن الخالات يدلين إلى الأم، والعمات يدلين للأب فقدمن عليهن، فتقدم الخالة لأم وأب على غيرهن، ثم الخالة لأب، ثم الخالة لأم[5] .

---

(1) العصبة: الجمع عصبات، وهي نوعان عصبة نسبية وعصبة سببية، والعصبة النسبة ثلاثة أنواعها : (1) العصبة بنفسه: كلُ ذكر من أصول الرجل أو فروعه أو فروع أبيه أو فروع جده لا تدخل في نسبته إليه أنثى (2) العصبة بغيره: هن النسوة اللاتي فرضهن الميراث النصف والثلثان "وهن البنات وبنات الابن والأخوات" عندما يكون معهن ذكر من أخواتهن، فإنهن يصرن عصبة له (3) العصبة مع غيره: هن كل أنثى تصير عصبة إذا اجتمعت مع أنثى غيرها، وهي الأخت تصير عصبة إذا اجتمعت مع البنت في الميراث قلجي وقنيبي:معجم لغة الفقهاء ص313.

(2) انظر: الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص639، الشرقاوي : حاشية الشرقاوي، ج2، ص352، الشيرازي: المهذب ، ج2، ص171، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص517، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص243.

(3) سبق تخريجه ص (15).

(4) انظر: الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص639، الشرقاوي : حاشية الشرقاوي، ج2، ص352، الشيرازي: المهذب ، ج2، ص171، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص517، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص243.

(5) انظر: الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص639، الشرقاوي : حاشية الشرقاوي، ج2، ص352، الشيرازي: المهذب ، ج2، ص171، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص517، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص243.

(ثم العمات) لأنهن يدلين بالأب، فتقدم العمة لأم وأب، ثم العمة لأب، ثم العمة لأم، وعلى قياس المزني وأبي العباس فإنهم يقدمون الخالة والعمة من جهة الأم على الخالة والعمة للأب[1] .

(وتسقط الجدة) التي لا ترث مثل أم أبي الأم التي تدلي بذكرين اثنين على الأصح، والقول الثاني لا تسقط لأنها من الأصول فيشملها أحكام الأصول من عتق ولزوم نفقة، ....إلخ.

ولكنها تتأخر في الحضانة عن الأخريات، ويلحق بالجدة الساقطة كل محرم تدلى بذكر واحد كبنت ابن البنت وبنت العم للأم والأصح أن الحضانة تثبت لغير محرم مثل بنت خالة وبنت عمة وبنتي الخال والعم للشفقة، والقول الثاني لا تصح حضانتهم للاحتياط فتختص بالرحم فقط[2] .

رابعاً : المذهب الحنبلي :

إذا افترق الزوجان ولديهما ولد فـ (الأم) أحق بحضانة الطفل إذا ما توفرت فيها الشروط المطلوبة لحديث رسول الله : " أنت أحق به ما لم تنكحي"[3] وقضاء أبو بكر الصديق لأم عاصم بابنها وقال " ريحها وشمها ولطفها خير له منك "[4] ، ولأنها أشفق من غيرها فتقدم عليهم[5] (ثم أم الأم ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب) فتقدم أم الأم ثم أمهاتها على غيرهن لأنهن متحققات الولادة هذا وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد تُقدم أم الأب على أم

---

(1) انظر: الشيرازي، المهذب، ج2، ص171، الخطيب: الإقناع، ج2، ص149، الجمل : حاشية الجمل، ج4، ص517، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج،ج7، ص215، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص352، الشرواني والعبادي: حاشية الشرواني، ج10، ص639، الغزالي : الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص243

(2) انظر: قليوبي وعميره: حاشيتان، ج4، ص88، الشرواني والعبادي، حواشي الشرواني، ج10، ص639-640.

(3) سبق تخريجه (14) .

(4) سبق تخريجه (17) .

(5) انظر: ابن قدامة، المغني، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرداوي: الانصاف، ج9، ص416، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، ج2، ص386 ، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص31.

الأم لأنها تدلى بعصبة، وعليه فإن الأب يقدم بعد الأم ثم أمهاته... إلخ من العصبات بناء على الرواية الثانية، ثم يقدم الأقرب فالأقرب لأن الأقرب أكمل شفقة من الأبعد(1) .

(ثم الأب) يقدم الأب على غيره في الصحيح، لأنه أقرب من غيره وأكثر شفقة(2).

(ثم أمهاته) لأنهن يدلين للأب ويقدمن على الجد كما تقدم الأم على الأب(3) .

(ثم الجد) يقدم على غيره لأنه أب، أو بمنزلة الأب(4) .

(ثم أمهاته) فيتقدمن على الأخوات، لأنهن يدلين بالجد، والطفل بعضاً منهن وذلك غير موجود في الأخوات، ثم جد الأب، ثم أمهاته ثم جد الجد ثم أمهاته(5) .

(ثم الأخت للأبوين، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم) فيتقدمن على غيرهن من النساء لمشاركتهن في النسب، والتقدم في الميراث، ثم تقدم الأخت لأم وأب، ثم الأخت لأم على الأخت لأب، لأنها تدلى من جهة الأم، ثم الأخت لأب.

(ثم الخالة) تتقدم الخالة على غيرها لأنها تدلى بالأم، فالشارع قدم خالة ابنة حمزة(6) على عمتها صفية لأن صفية لم تطلب وطلبها جعفر نائباً عن خالتها فقضى لها الشارع بالحضانة رغم غيبتها.

وتقديم خالة الأم على الخالة لأب خلاف، والراجح تقديم الخالة لأم على الخالة لأب(7).

(ثم العمة) الشقيقة، ثم العمة لأب، ثم لأم(8) .

---

(1) انظر: ابن قدامة: المغني، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرداوي: الانصاف، ج8، ص416، ابن النجار: منتهى الارادات، ج2، ص386، عبد الخالق، البهوتي: شرح منتهى الارادات، م3، ص263، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576.

(2) المراجع السابقة.

(3) انظر: ابن قدامة: المغني، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرداوي: الانصاف، ج8، ص416، ابن النجار: منتهى الارادات، عبد الخالق، ج2، ص386، البهوتي: شرح منتهى الارادات، م3، ص263، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576.

(4) انظر المراجع السابقة.

(5) انظر: ابن قدامة: المقنع ، ج3، ص327، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576، ابن قدامة المغنى، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرادوي: الانصاف،ج9، ص416، ابن النجار: منتهى الارادات، عبد الخالق، ج2، ص386، البهوتي : شرح منتهى الإرادات، م3، ص263.

(6) سبق تخريجه (15) .

(7) انظر: ابن قدامة: المغنى، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرداوي: الانصاف، ج2، ص 416، ابن النجار: منتهى الارادات، عبد الخالق، ج2، ص286، البهوتي : كشاف القناع، ج5، ص578. .

(8) انظر : المراجع السابقة.

(ثم بنات أخوته وبنات أخواته) فتقدم بنات الأخ على غيرهن، ثم بنات أخواته [1] .

(ثم بنات أعمامه وبنات عماته) تقدم على غيرهن بنات أعمامه، ثم بنات عماته [2] .

(ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه) تقدم بنات أعمام أبيه، ثم بنات عمات أبيه وهكذا يتقدم من لأبوين، ثم لأم، ثم لأب[3] .

الرأي الراجح:

الأولى الجمع بين المذاهب فتقدم الأم على الغير لأنها الأوفر شفقة والأكثر حناناً بحكم الفطرة التي فطرها الله عز وجل بين الأم وطفلها، فإذا ما فقدت الأم شرطاً من الشروط التي يجب توافرها انتقلت الحضانة إلى أم الأم بحكم الشفقة والحنان ولإدلائها للأم، ثم الأب لأنه يشارك الأم في الحنان والشفقة، ثم أم الأب لأنها الأقرب بعد الأب للطفل وإن كانت الحضانة تدلى من جهة الأم، ثم الخالة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم" الخالة بمنزلة الأم "[4] ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم العمة الشقيقة، فالعمة لأم ثم العمة لأب، ثم ابنة الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب وهكذا...يقدم الأقرب فالأقرب والله تعالى أعلم.

خامساً : قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في قطاع غزة :

فالمادة (380) تنص على ما يلي: "الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة إذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة"[5] .

---

(1) انظر: ابن قدامة: المغنى، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرداوي: الانصاف، ج2، ص 416، ابن النجار: منتهى الارادات، ج2، ص286، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، البهوتي : كشاف القناع، ج5، ص578. .

(2) انظر: المراجع السابقة.

(3) انظر: ابن قدامة: المغنى، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، المرداوي: الانصاف، ج2، ص 416، ابن النجار: منتهى الارادات، عبد الخالق، ج2، ص286، البهوتي : كشاف القناع، ج5، ص578.

(4) سبق تخريجه ص (15).

(5) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية ج10، ص61.

والمادة (384) " أن حق الحضانة يستفاد من قبل الأم فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها ويقــدم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد المرتبة قرباً فإذا ماتت الأم أو تزوجت بأجنبي أو لم تكن أهلاً للحضانة ينتقل حقها إلى أمها فإن لم تكن أو كانت ليست أهلاً للحــضانة تنتقل إلى أم الأب وإن علت عند عدم أهلية القربى ثم لأخوات الصغير وتقــدم الأخــت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم لبنات الأخوات بتقديم بنت الأخت لأبوين ثم لأم ثم لخالات الصغير وتقدم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم لأب ثم لبنت الأخــت لأب ثــم لبنات الأخ كذلك ثم لعمات الصغير بتقديم العمة لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأم كذلك ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الأمهات والآباء بهذا الترتيب[1]".

أما عن قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية :

فالمادة (154): تنص على أن: "الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجيــة، وبعد الفرقة ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنــصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة[2]".

الخلاصة :

نلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية المطبق في قطاع غزة والضفة الغربية قد استمد نصوصه وتشريعاته من المذهب الحنفي في حضانة النساء.

---

(1) سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10 ، ص 62 .

(2) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص266، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص567، الأشــقر، الواضح في شرح قانون الأحوال،ص295، الظاهر: مجموعة التشريعات، ص139.

المطلب الثاني
حضانة الرجال

إذا ما فقدت النساء ولم توجد إحدى الحاضنات انتقلت الحضانة إلى الرجال، ولا تنتقل من حاضن إلى آخر إلا إذا فقد شرط من الشروط الواجب توافرها فيه.

أولاً : المذهب الحنفي :

تنتقل الحضانة إلى العصبات من الرجال إذا فقدت النساء المحارم، فيقدم الأقرب تعصيباً، فأولى الحاضنين من الرجال الأب، فإذا ما فقد شرطاً من الشروط انتقلت الى الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، فالأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب وإن نزل، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم أبناء الأعمام حيث يدفع الغلام إليهم حسب الترتيب، ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب ولا تدفع الجارية إليهم لأنهم غير محارم وغير مأمونين، كما لا تدفع إلى الأم الغير مأمونة، أما إذا كانت الجارية صغيرة لا تشتهى فلا مانع من حضانته لها حيث لا فتنة وكذلك إذا كانت مشتهاة وابن العم مأمون تدفع إليه، وإذا لم يوجد غير ابن العم فالقاضي له الخيار في رؤية الأصلح للمحضونة(1)

وفي حالة اجتماع من له حق الحضانة كإخوة لأب وأم فيقدم أورعهم وأفضلهم صلاحاً لأنه الأنفع للولد لتخلقه بأخلاقه، وإن استووا في ذلك قدم أكبرهم سناً لأنه الأقرب لمنزلة الأب والأكثر شفقة(2).

وكذلك إذا وجد ثلاثة أعمام في نفس الدرجة فيقدم أورعهم فإن استووا فأكبرهم سناً(3).

---

(1) انظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص212، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص183 – 184، المرغيناني: الهداية ، ج1، ص37 – 38، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص230، ابن الهمام: شرح فتح القدير ج4، ص370– 371، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص563، الكواكب المشرقة،ص44، الزيلعي: تبيين الحقائق ، ج3، ص48، الكاساني: بدائع الصنائع ،تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص214 – 215

(2) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص47، السرخسي: المبسوط، ج5، ص212.

(3) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع ، ج5، ص215.

ثانياً : المذهب المالكي :

إذا انقطعت قرابات الأم، اختلف في تقديم الأب على قولين، القول الأول: يقدم الأب على سائر قريباته لأنهن يدلين به فهو أحق بالحضانة منهن، القول الثاني: إن أقرباءه أولى منه. وإن كن يدلين به إلا أنه لا يقوم بالحضانة وإنما يستتيب غيره من النساء فقدمت الجدات من قبله عليه ويقدم هو على غيره من القريبات[1]

ثم (أم الأب) فإذا فقد منها شرط انتقلت إلى (أم أمه)، أو (أم أبيه) فإذا اجتمعن قدمت أم أمه على أم أبيه، ثم أم أم أمه، أو أم أم أبيه، أو أم أم أبي أبيه، أو أم أبي أمه، فإن اجتمعن قدمت أم أم أمه على أم أبي أمه وأم أم أبيه لأنهما في نفس المنزلة، ثم أم أم أبي أبيه وإن علون، ثم الأخت الشقيقة فالأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم العمة الشقيقة، فالعمة لأم، ثم العمة لأب ثم عمات الأب، وعمات العم للأب والأم وللأم دون الأب، وللأب دون الأم، فإن اجتمعت عمات العم للأب والأم، وعمات العم للأم، وعمات العم للأب، قدمت الشقيقة ثم للأم، ثم للأب، فإن فقدن تقدم أخوات الجد للأب وللأم، ثم أخوات الجد للأم، ثم أخوات الجد للأب، ثم بنات الأخوة وبنات الأخوات، تقدم الشقيقات، ثم للأم، ثم للأب وفي قول عدم صحة حضانة بنات الأخوات، لكن الصحيح أنهن حاضنات لأنهن ذوات رحم محرم، فإذا اجتمعت بنت الأخ مع بنت الأخت، قدمت بنت الأخ، فإذا لم توجد واحدة رجعت الحضانة إلى العصبة، أما بنات العمات وبنات الخالات فلا حضانة لهن لأنهن غير محرمات على الصغير[2].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

إذا ما فقدت النساء الحاضنات، فإن الحضانة تنتقل إلى كل ذكر محرم وارث، وأول حاضن الأب، فإذا ما فقد شرط، انتقلت الحضانة إلى الجد وإن علا، ثم تنتقل إلى من بعدهم من العصبات فذهب بعض الشافعية إلى أن الحضانة لا تنتقل إلى العصبات لأنهم لا يعرفون بها فهم كالأجانب، فتثبت فقط للأباء والأجداد، والرأي الثاني وهو المعمول به أن الحضانة تنتقل إلى باقي العصبات مستدلين بحديث"الخالة بمنزلة الأم "[3] حيث لم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم على جعفر وعلى ادعائهما الحضانة بالعمومة، ثم الأخ الشقيق، فالأخ لأب، ثم

---

(1) انظر: ابن رشد: المقدمات، ج2، 260، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص238.

(2) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص634- 635، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص239، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص527، ابن رشد : مقدمات، م2، ص527، القرطبي: الكافي، ص296، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص253.

(3) سبق تخريجه ص (15) .

الأخ لأم، ثم ابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم العم لأم، فإذا اجتمع الأب والجد والأخ وابن الأخ والعم، قدم الأقرب فالأقرب، الأب ..إلخ.

ثم ابن العم على الصحيح لأنه وارث تتوفر فيه الشفقة وإن كان غير محرم، لكن لا تسلم إليه الجارية المشتهاة، وإنما تسلم لثقة يعينها كبنته. والرأي الثاني أنه لا حضانة له لفقد شرط المحرمية، ولا حضانة لابن الخال وابن العمة لفقدهما شرطا الإرث والمحرمية وكذلك الخال والعم لأم وأبي الأم لفقدهما الإرث دون المحرمية، وكذلك لضعف القرابة في الأصح،والقول الثاني: لهم الحق في الحضانة لتوفر شفقة القرابة[1] .

رابعاً : المذهب الحنبلي :

يتقدم في حضانة الرجال العصبة منهم غير الأب والجد وإن علا لما تقدم في مطلب حضانة النساء، وعليه فترتيب العصبات يكون الأقرب فالأقرب فيتقدم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم أب الأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، إلا أن ابن العم ليس له حق حضانة الصغيرة في الصحيح من المذهب؛ لأنه ليس بمحرم ويجرى ذلك في كل عصبة غير ذي رحم.

والرأي الثاني: له حضانتها لأنه أولى من الأجانب والحاكم، هذا إذا لم يكن بينهم رضاع محرم وإلا فله حضانتها[2] .

الرأي الراجح:

ما ذهب إليه الحنفية وهو أن الحضانة تنتقل إلى العصبات من الرجال إذا فقد محارم الصغير من النساء فيقدم الأقرب تعصيباً الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، فالأخ لأم ، ثم الأخ لأب وهكذا حيث يتقدم الأقرب تعصيباً ، في حين أن المذاهب الخرى

---

(1) انظر: الخطيب الشربيني: الإقناع، ج2، ص148-149، الشيرازي: المهذب، ج2، ص171، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص217، الشراوني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص640 – 642، قليوبي وعميره: حاشيتان، ج4، ص89، القفال: حلية العلماء، ج7، ص437، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص456 –454

(2) انظر: ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، المرداوي: الانصاف، ج9، ص420، ابن قدامة: المغني، ج9، ص136 – 137، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق ، ج2، ص387 ، البهوتي: شرح منتهى الأرادات، م3، ص264، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص233 –234.

ليست مثل قوة المذهب الحنفي فالمالكية يشترطون وجود الرحم المحرم وإلا فالحضانة تنتقل إلى العصبة في حين أن الشافعية يقدمون الرحم الوارث وفي تقديم الرحم غير الوارث أو العكس خلاف ، أما الحنابلة فإنهم يقدمون العصبات من الرجال مثل الحنفية إلا أنهم يستثنون الأب والجد .

خامساً : قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :

ينص قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة في مادته (385) على أنه:

" إذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة تنتقل للعصبات بترتيب الإرث فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب ثم بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب فإذا تساوى المستحقون للحضانة في درجة واحدة يقدم أصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم سناً ويشترط في العصبة اتحاد الدين فإذا كان للصبي الذمى أخوان أحدهما مسلم والأخر ذمي يسلم للذمى لا للمسلم"[1].

أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية :

فلم يتناول ترتيب الحواضن من الرجال بالتفصيل وإنما أشار إلى الأصلح من الأقارب حسب ما يراه القاضي في مادته (157) حيث تنص على أنه: "إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون[2]" . والمادة (183) تنص على أنه: " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة[3]" .

الخلاصة :

إن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في غزة رجع في المادة (385) إلى الفقه الحنفي أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية فقد استند إلى رأي القاضي مع أن الحنفية قد ذكروا من يقدم في حالة اجتماع من له حق في الحضانة ولم يتركوا الأمر للقاضي.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62.

(2) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص266، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص567.

(3) الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص17.

المطلب الثالث
حضانة النساء والرجال معاً

في حالة فقد النساء الحاضنات، والرجال الحاضنين، فإن الحضانة تنتقل إلى النساء والرجال معاً كل يقدم حسب درجة التعصيب والرحم ويقدم الأقرب فالأقرب فإذا ما فقد أحد الحاضنين شرطاً انتقلت إلى الحاضن الآخر وهكذا.

أولاً : المذهب الحنفي :

إذا فقد العصبات انتقلت الحضانة إلى ذوي الأرحام على الترتيب فيرى أبو حنيفة أنه إذا فقد النساء الحواضن وكذلك الرجال، فإن الأخ لأم أولى الحاضنين ثم ابن الأخ، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم، لما لهؤلاء من ولاية في النكاح فكذلك في الحضانة لأنها ولاية، ويحضن الذكر مولى العتاقة[1] لأنه آخر العصبات، بخلاف الأنثى فلا يحق له حضانتها، وإذا كان في المحارم من الأخوة والأعمام فاسق فلا حق له لأنه لا يؤمن على المحضون، وإذا اجتمع كل من سبق قدم أصلحهم وإن كانوا في درجة واحدة فأورعهم، فإن تساووا فأسنهم[2]، وذُكر في بدائع الصنائع أنه لا يحق لكل ذكر من قبل النساء في حضانة الولد، مثل الأخ لأم، والخال وأبو الأم لعدم توفر العصبة فيهم[3].

ثانياً : المذهب المالكي :

يتقدم العصبة من الرجال في الحضانة، فأول الحاضنين الوصي[4]، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم الجد الأدنى، ولا يتقدم الجد الأعلى، رغم أنه أولى من الأخ في مرتبة الميراث

---

(1) مولى العتاقة: هو من ينزل منزلة ابن العم، انظر الأزهري: تهذيب اللغة، ج15، ص451، مولى العتاقة: عصبة سببها العتق من أعتق رقيقاً كان له الولاء عليه، فهو عصبته وله ميراثه إن لم يكن له وارث، قلعجي وقنيبي: معجم لغة الفقهاء ص313

(2) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص38، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص371، الزيلعي: تبين الحقائق، ج3، ص48، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص184، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص564، الكواكب المشرقة، ص44، السرخسي: المبسوط، ج5، ص210، إبراهيم: أحكام الأحوال، ص389 .

(3) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص215.

(4) الوصي : هو الشخص الذي يُوصى ويوصى له، وهو القائم على شئون الصغار، والوصي من الأضداد والجمع أوصياء، انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج6، ص4854، مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج2، ص1050.

وكذلك العكس ابن الأخ يتقدم على الجد في حق ميراث الولاء، والسبب في ذلك أن ترتيب الحضانة في العصبة لا يجري على ميراث المال، أو ميراث الولاء، أو الصلاة على الجنازة، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم ابن ابن العم وإن نزل حيث يتقدم الأقرب فالأقرب، ثم أب الجد، ثم عم العم، ثم ابن عم العم، وإن نزل، ثم جد الجد، ثم والده، ثم والد جد الجد، ثم والده... إلخ. وإن اجتمع متساوين قدم الأكثر شفقة وإن تساووا قدم الأكبر سناً[1]. وجد الأم والخال مختلف فيهما على قولين:

الأول : لا حضانة لهما.

الثاني : قال اللخمي[2] : يحق لجد الأم الحضانة لتوفر الشفقة والحنان لديه[3].

ثالثاً : المذهب الشافعي :

في حالة اجتماع الذكور والإناث تقدم الأم على الجميع، ثم أم الأم وإن علت، ثم الأب وهو ظاهر النص فيقدم على الخالة والأخت من الأم، وقال أبو سعيد الإصطخري: أن الخالة والأخت من الأم تقدمان عليه لإدلائهما للأم بخلاف الأخت للأب فلا تقدم عليه لإدلائها بالأب، ثم أم الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا لأنه كالأب في الولادة والتعصيب، ويقدم الأصل من ذكر أو أنثى على الفرعي وقيل إن الأخت أحق لمعرفتها بالحضانة، ثم الأخوات، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم الإخوة لأم، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم الشقيق، ثم العم للأب، ثم العم للأم حيث يقدم الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث، وتقدم بنات الأخوات على بنات الإخوة كما تقدم الأخت على الأخ، والأصح أن الحضانة تثبت لغير ذي محرم كبنتي الخالة والعمة، وبنتي الخال والعم، بحيث إذا كان المحضون ذكراً تستمر الحضانة حتى يبلغ حد الشهوة ثم بنات الخالات يتقدمن على بنات الأخوال، وبنات العمات يتقدمن على بنات الأعمام وهكذا[4].

---

(1) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص635 – 636، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص253 –254، ابن رشد: مقدمات، م2، ص260– 261، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص239 –240.

(2) اللخمي: هو بدر بن الهيثم بن خلف، ولد بالكوفة سنة مئتين أو بعدها بعام يلقب (بأبي القاسم) وهو قاضي صدوق معمر حدث عنه أبو عمرو بن حيويه وعمر بن شاهين وعيسى بن الوزير توفى في شوال سنة سبع عشر وثلاث مئة، انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء ، ج14، ص 530 – 531.

(3) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص636.

(4) انظر : قليوبي وعميرة، حاشيتان، ج4، ص89 – 90، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص642، 643، الحصنى: كفاية الأخيار، ج2، ص285، الشربيني الخطيب:الإقناع، ج2، ص149، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص217، القفال: حلية العلماء، ج7، ص438، الشيرازي: المهذب، ج2، ص171، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص107، الخطيب: مغنى المحتاج، ج3، ص454.

رابعاً : المذهب الحنبلي :

إذا ما فقدت النساء الحاضنات وكذلك الرجال العصبات، فهل للرجال ذوي الأرحـــام حضانة أم لا خلاف على قولين:

1- **القول الأول:** يحق للرجال حضانة الأطفال لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند فقد مـــن هو أولى منهم فيشبهون البعيد من العصبة.

2- **القول الثاني:** لا يحق للرجال حضانة الأطفال فإذا ما فقدت حــضانة العــصبات انتقــل الأمر إلى الحاكم وذلك لأن الرجال لا يحضنون بأنفسهم وكذلك ليس لديهم ولايـــة لعـــدم تعصيبهم فأشبهوا الأجانب [1] .

وعلى القول الأول إذا ما فقدت حضانة العــصبات انتقلــت الحــضانة إلـــى أب الأم وأمهاته، فيقدم على الخال لأن الخال يسقط بالميراث عند وجود أب الأم، وفي تقـــديم أب الأم على الأخ لأم قولان: القول الأول: يقدم الأخ لأم على أب الأم لأنه وارث بـــالفرض يـــسقط الأرحام فيتقدم عليهم، والقول الثاني: يتقدم أب الأم وأمهاته على الأخ لأم، لأن أبا الأم يـــدلى بالأبوة في حين أن الأخ لأم يدلى بالبنوة، والأب يتقدم على ابنه فـــي الولايـــة وكـــذلك فـــي الحضانة لأنها نوع ولاية، ثم الحاكم[2].

الرأي الراجح :

ما ذهب إليه الشافعية وهو تقديم الأم على الجميع لأنها الأكثر شفقة عليه من الغير ، ثم أمها وإن علت لأنها تدلي إلى الأم ، ثم الأب لأنه يشارك الأم في الشفقة والحنان ، ثـــم أم الأب لأنها الأقرب إلى الأب ، فالجد لأب حيث يقدم الأصل من ذكر وأنثى على الفرع، ثـــم الأخوات فالخالة، والعمة، والأخوة الأشقاء...إلخ.

إضافة إلى أنه الرأي الأكثر دقة وملاءمة، وهو الموافق لما ذكرته مسبقاً من حضانة النساء، وهو الأقرب إلى عاداتنا وتقاليدنا السائدة في المجتمع والله تعالى أعلم.

---

(1) انظر: ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، المرداوي: الإنصاف، ج2، ص421، ابن قدامة: المغني، ج9، ص136- 137، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخـــالق ، ج2، ص387 ، البهـــوتي: شـــرح منتهى الإدارات، م3، ص264، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص233 - 234.

(2) انظر: ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، المرداوي: الإنصاف، ج2، ص421، ابن قدامة: المغني، ج9، ص136- 137، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخـــالق، ج2، ص387 ، البهـــوتي: شـــرح منتهى الإدارات، م3، ص264، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص233 - 234.

خامساً: قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

المادة (386) من قانون الأحوال الشخصية المطبق في قطاع غزة تنص علـــى مـــا يلـــي: "إذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس أهلاً لها بـــأن كـــان فاســـقاً أو معتوهاً أو غير مأمون فلا يُسلم إليه المحضون بل يُدفع لذي رحم محرم. ويقدم الجد لأم ثـــم الأخ ثم ابنه ثم العم لأم ثم الخال لأبوين ثم الخال لأب ثم الخال لأم ولاحق لبنات العم والعمة والخال في حضانة الذكور ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لبني العم والعمة والخـــال والخالة في حضانة الإناث وإنمالهم حضانة الذكور فإن لم يكن للأنثى المحضونة إلا ابن عـــم فالاختيار للحاكم إن رآه صالحاً ضمها إليه وإلا سلمها لامرأة ثقة أمينة[1]" .

أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية :

فلم يتناول ترتيب الحواضن من الرجال بالتفصي بالتفصيل فالمادة (157) تنص على أنه "إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي تحق اختيار الأصلح للمحضون[2]" .

والمادة (183) تنص على أنه: " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الـــراجح من مذهب أبي حنيفة[3]"

الخلاصة :

أن قانون الأحوال المطبق في غزة استند إلى المذهب الحنفي، وكذلك المطبـــق فـــي الضفة في المادة (183) حيث ذكر أن المواد التي لا نص فيها يرجح فيها إلى الـــراجح مـــن مذهب الحنفية.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62.

(2) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص266، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص567، الأشـــقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص298، الظاهر: مجموعة التشريعات، ص139.

(3) الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص17.

الفصل الثاني

شروط الحضانة وآثارها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : شروط استحقاق الحضانة :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : شروط المحضون

المطلب الثاني : شروط الحاضن

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على شروط الحضانة :

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: سقوط الحضانة.

المطلب الثاني: إجبار الأم على الحضانة.

المطلب الثالث: عودة الحق في الحضانة.

المطلب الرابع: سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة.

المبحث الأول
شروط استحقاق الحضانة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط المحضون

المطلب الثاني: شروط الحاضن

المطلب الأول

شروط المحضون[1]

لكي يستحق المحضون الحضانة لا بد أن تتوافر فيه شروط معينة منها:

1- الحياة: فلا حضانة لميت إذ لا يتصور شرعاً ولا عقلاً ثبوت الحضانة لميت، فلا بد من تحقق وجود الحياة التي ينبني عليها ما له من حقوق وواجبات.

2- ثبوت النسب[2]: فالطفل المحضون ينبغي أن يكون ثابت النسب معروف الأب والأم والعصبة والمحارم.

3- الجنون[3] : فالمجنون تستمر حضانته لعدم الإدراك والتمييز ومعرفة ما يتعلق بمصلحته.

4- العته : وهو اختلال العقل[4].

فائدة :

لم تتناول كتب الفقه في حدود ما اطلعت عليه شروط المحضون بالتفصيل، وكذلك القانون وإنما أشاروا إليها إشارة ولعل ذلك يرجع إلى الوضوح وعدم الحاجة إلى تفصيل، وعليه فشروط المحضون هي الحياة وثبوت النسب، والجنون، والعته.

---

(1) المحضون: هو :

أ- "من لا يستقل كالصغير والمجنون والمعتوه وإن كانا كبيرين" ابن جزي: قوانين الأحكام، ص 249.

ب- "كل صغير ومجنون ومختل وقليل التمييز": الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص637.

ج- "من لا يستقل بمراعاة نفسه، ولا يهتدي إلى مصالحه، إما صغير أو جنون أو خبل قلة تمييز أو فقده "الرافعي : العزيز، ج10، ص93.

د- "كل صغير ، أو مجنون، أو معتوه" الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص303.وعليه فالمحضون هو الطفل أو المجنون أو المعتوه الذي يعتمد في أموره على غيره.

2 - ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179.

3 - الخطيب: الاقناع، ج2، ص148، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص240، ابن قدامة: المغني، ج9، ص133، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، ابن النجار: منتهى الارادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص386، الزحيلي: الفقه الإسلامي، ج10، ص7304.

4 - انظر: المرداوي: الانصاف، ج9، ص416، ابن قدامة: المغني، ج 9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327.

المطلب الثاني
شروط الحاضن[1]

"لما كانت الغاية من الحضانة، رعاية الطفل وصيانته، وحسن تنشئته وتوفير مطالبه وتحقيق الخدمات التي يحتاج إليها في حياته اشترط الفقهاء شروطاً عامة وشروطاً خاصة بمن يختار لها من النساء، وشروطاً لمن يختار لها من الرجال في حالة عدم وجود النساء[2]".

وسأتناول كل واحدة من هذه الشروط على حدة إن شاء الله تعالى:

أولاً : الشروط العامة في النساء والرجال :

1- العقل: فيشترط في الحاضن العقل فلا حضانة لمجنون لأنه بحاجة إلى من يعينه والحضانة حفظ وصيانة وهذا لا يتحقق مع المجنون، ويستوي في ذلك الجنون المطبق أو الجنون المتقطع، إلا أن يكون نادراً كيوم في السنة فلا مانع من الحضانة لأنه يشبه المرض الذي يطرأ ويزول[3] .

---

(1) الحاضن والحاضنة هما: "الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه" . ابن منظور : لسان العرب، ج1، ص911. والحاضنة هي: "الداية التي تقوم على تربية الصغير، والتي تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها". مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، ص181. فالحاضن والحاضنة هما الموكلان بكافة شئون المحضون طول فترة الحضانة.

(2) النجار: حقوق المرأة، ص177.

(3) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص179، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص256، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص637، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص241، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص454 – 455، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص579، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، الغزالي: الوسيط، م6، ص238، إبراهيم: موسوعة الأحوال الشخصية، ص62، حمودة وآخرون: محاضرات في نظام الأسرة، ص168، البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ص637–638، العيسوي: أحكام الطفل، ص215، صقر: موسوعة الأسرة ، ج4، ص211، المراغي: الزواج والطلاق، ج24، ص243، إبراهيم: الوسيط ، ص337، مدونة الأحوال الشخصية، ص52، النجار: حقوق المرأة،ص177.

2- البلوغ: ويشترط المالكية الرشد الذي يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ وكذلك حفظ المال غير المصاحب للبلوغ إذ لا حضانة لسفيه خوفاً من تلف مال المحضون منه أو أن ينفق منه بلا فائدة[1] .

3- الإسلام: اختلف في شرط الإسلام على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية في المشهور عندهم إلى عدم اشتراط الإسلام في الحاضن حتى يعقل المحضون في الدين فيخشى عليه أن يألف الكفر.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط الإسلام في الحاضن.

الأدلـــة:

استدل أصحاب القول الأول بحديث "عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جدّه رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع: ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " اقعد ناحية " وقال لها " اقعدي ناحية " وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: " ادعواها " فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اللهم اهدها " فمالت إلى أبيها فأخذها[2]".

أما إذا عقل المحضون في الدين وخيف عليه أن يفتتن بالحاضن الكافر أو أن يغذيه بالخمر فلا حضانة له ويضم الصغير إلى المسلمين[3].

---

(1) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص179، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص256، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص637، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص241، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص454 – 455، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص579، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، الغزالي: الوسيط، م6، ص238، إبراهيم: موسوعة الأحوال الشخصية، ص62، حمودة وآخرون: محاضرات في نظام الأسرة، ص168، البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ص637-638، العيسوي: أحكام الطفل، ص215، صقر: موسوعة الأسرة ، ج4، ص211، المراغي: الزواج والطلاق، ج24، ص243، إبراهيم: الوسيط ، ص337، مدونة الأحوال الشخصية، ص52، النجار: حقوق المرأة،ص177..

(2) أبو داود: سنن، كتاب الطلاق، (2244/ باب أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد)، ج2، ص280، الألباني: الجامع الصغير، صحيح(1963).

(3) انظر ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص369، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص231، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص212، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص49، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص244، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص257-258.

أما المذهب الثاني فذهبوا إلى القول بأن الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم، والحضانة لا تثبت للفاسق فمن باب أولى ألا تثبت للكافر(1).

وأما حضانة المرتدة فيرى الحنفية بأنه لا حق لها فيها لأنها تحبس فيتضرر المحضون، أما لو تابت فالحق يعود لها لزوال المانع وهو الردة(2).

أما حضانة الكتابية فاختلف فيها فذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية إلى القول: بأحقية الأم الكتابية للمحضون المسلم حتى يعقل الأديان أو يخشى عليه من الفتنة مثل الكافر.

وذهب الشافعية في الصحيح من المذهب إلى القول بعدم أحقية الأم الكتابية للحضانة(3).

4- الحرية: فلا حضانة لرقيق لأن الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لرقيق على نفسه، فلا يكون له ذلك على غيره ، إضافة إلى عجز الرقيق عن رعاية المحضون بخدمة سيده(4)، وأضاف الشافعية أن الولد إذا كان حراً فحضانته لمن له الحق في الحضانة، وإن كان رقيقاً فحضانته

---

(1) انظر: الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص238، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص646، ابن النجار: منتهى الارادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، ابن قدامة: المغني: ج9، ص137 ، البهوتي كشاف القناع، ج5، ص589 .

(2) انظر : ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179- 180، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46.

(3) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص212، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص49، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص244، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص258، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، الخطيب: مغنى المحتاج، ج3، ص455.

(4) انظر المرغيناني: الهداية، ج1، ص38، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص372، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46، السرخسي: المبسوط، ج5، ص213، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص564- 565، الكاساني: بدائع الصنائع، ج2، حاشية الدسوقي، ج2، ص526 -527، الشربيني الخطيب: الإقناع، ج3، ص150، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص286، الرافعي: العزيز، ج10، ص110 -111، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص645، القفال: حلية العلماء، تحقيق درادكه، ج7، ص434 ، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص579، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص519 – 520، الشيرازي: المجموع، تحقيق المطيعي، ج10، ص218، المهذب ج2، ص170، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص87، ابن قدامة: المغني، ج9، ص137، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص234، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص3، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص264.

على السيد، ويستثنى من الرقيق التي أسلمت ولها ولد وسيدها كافر فإن الحضانة تكون من حقها ما لم تنكح لوفور شفقتها وللمنع من قرب السيد لها[1].

5- الخلو من الفسق الظاهر : وهو ما عبر عنه الشافعية بالعفة والأمانة، فلا حضانة لفاسق لأنه غير مؤتمن على المحضون وذلك لأن الحضانة نوع ولاية فيخشى أن ينشأ المحضون على طريقته فيجب أن يكون الحاضن ذا عفة ودين إضافة إلى أن العدالة تثبت بالظاهر ولا يشترط لظهورها الشهادة والبينات إلا إذا وقع الخلاف فحينئذ لا بد من ثبوت عدالته بناء على الشهود والبينات، وفي قول مخالف لم يشترط الخلو من الفسق وعلل ذلك بأنه لا يعرف أن الشرع فرق بسبب الفسق بين الحاضن والمحضون، وكذلك إلى أن الفاسق يحتاط في حضانة ابنه لشفقته عليه[2].

6- القدرة على الحضانة: لأنها نوع ولاية فإن كان الحاضن يخرج طيلة الوقت[3] أو مسناً[4] أو مريضاً مرضاً مزمناً أو أعمى أو به جذام مضر وبرص فلا حضانة له[5].

7- الإقامة: يشترط الشافعية الإقامة في بلد واحد والأم أحق بحضانته من الأب فإن أراد أحدهما السفر نظر إن كان السفر لحج أو تجارة أو غزو فلا يسافر المحضون خشية عليه من الخطر والمشقة، وقيل يسافر به الأب إن طال سفره، وإن كان السفر يبلغ مسافة القصر

---

(1) انظر : الخطيب: الإقناع، ج3، ص150، الجمل: حاشية الجمل: ج4، ص519 –520، الرافعي: العزيز، ج10، ص110 –111، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص286، الخطيب: مغنى المحتاج، ج3، ص454، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص239.

(2) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص256،الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص638، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص244،البهوتي : كشاف القناع، ج5، ص579، الخطيب: مغنى المحتاج، ج3، ص455، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، ابن قدامة: المغني، ج9، ص137، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، البهوتي: شرح منتهى الإرادادت، م3، ص264، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387.

(3) انظر : الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص256، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص242، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص579، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، النجار: حقوق المرأة، ص177.

(4) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص637، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص242.

(5) انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص243، الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص579، العيسوي: أحكام الطفل، ص214، عثمان: أحكام الأسرة، ج2، ص266.

فللأب انتزاعه من الأم احتياطاً للنسب، وسهولة النفقة عليه، هذا إذا كان البلد المراد السفر إليه آمناً وكذلك الطريق، فإن عاد الحاضن من سفره رجع حق الأم في الحضانة، وإن كانت المسافة دون مسافة القصر فهناك قولان: أصحهما أنه كمسافة القصر، وإن اختلف في السفر بأن ادعت أنها تريد سفر التجارة وقال الأب بل النقل من البلد صدق الأب بيمينه في الأصح، وقيل يصدق بلا يمين، وعليه لو نكل حلفت الأم وحضنت الولد[1].

والمحارم مثل الجد والأخ والعم بمنزلة الأب إن أرادت الأم أن تسافر به وتنقله إلى بلد آخر احتياطاً للنسب، وكذلك غير المحارم كابن العم إذا كان المحضون ذكراً، إما إن كانت أنثى فلا يحق له انتزاعها إلا إذا كانت صغيرة لم تبلغ حد الشهوة أو كانت له بنت سلمت لها[2]. وإن كان المحرم كالخال والعم للأم لا يحق له نقل المحضون لعدم أحقيته في النسب[3] .

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً: قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة:

فالمادة 382 تنص على ما يلي: "يشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة، عاقلة، أمينة لا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت المبغضين له ولا فرق في ذلك بين الأم وغيرها من الحاضنات"[4] .

ثانياً: قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية :

فالمادة (155) تنص على أنه: "يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة، لا يضيع عندها الولد، لانشغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانته، وأن لا تكون متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه[5]".

---

(1) انظر: الخطيب: الإقناع، ج2، ص1501،الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص289.

(2) انظر: الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص290.

(3) انظر: المرجع السابق.

(4) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين، ج10، ص61.

(5) الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص295، التكروري: شرح قانون الأحوال، ص269، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص571-572.

ثانياً : الشروط الخاصة في النساء :

يشترط في النساء إضافة إلى ما سبق من شروط عامة ما يلي:

1) ألا تكون متزوجة بغير محرم للصغير، فإذا تزوجت هل تسقط حضانتها اختلف الفقهـاء فـي ذلك على خمسة أقوال :

1- الأول : سقوط الحضانة مطلقاً، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى وهذا ما ذهب إليـه أبـي حنيفة ومالك والشافعية في قول وأحمد في المشهور عنه[1].

2- الثاني : عدم سقوط الحضانة وهذا ما ذهب إليه الحسن البصري وابن حزم وقول للشافعية[2]

3- الثالث : فرق أصحاب القول الثالث بين الذكر والأنثى، فالذكر تسقط حضانتها له وهو احدى روايتي أحمد، أما الأنثى فلا تسقط حتى تبلغ سبع سنوات أو حتى تبلغ على خلاف.

4- الرابع : لا تسقط حضانتها إذا تزوجت بنسب من الطفل ثم اختلف أصحاب هذا القول علـى ثلاثة أقوال هي[3]: "أحدها: أن المشترط أن يكون الزوج نسيباً للطفل فقط، وهذا ظاهر قـول أحمد، الثاني : أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم، وهو قول أصحاب أبي حنيفـة. الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد، بأن يكون جداً للطفل وهـذا قـول مالك، وبعض أصحاب أحمد[4]".

5- الخامس: وتوسط ابن عابدين في المسألة.

ويمكن إيجاز الأقوال السابقة في ثلاثة هي:

الأول : سقوط الحضانة بالزواج من الأجنبي وهو ما ذهب إليه الجمهور.

الثاني : عدم سقوط الحضانة من الحاضنة إذا تزوجت بغير ذي رحم محرم وهو قـول الحسن البصري وابن حزم وقول للشافعية.

الثالث : التوسط وهو ما ذهب إليه ابن عابدين.

---

(1) انظر: ابن القيم: زاد المعاد، تحقيق نور الدين، ج3، ص207 ، السرطاوي: شرح قـانون الأحـوال، ج3، ص573.

(2) انظر : المراجع السابقة.

(3) انظر : ابن القيم: زاد المعاد ، تحقيق نور الدين، ج3، ص207.

(4) المرجع السابق.

سبب الخلاف :

يرجع سبب الخلاف إلى :

1- التعارض بين النصوص، فقد جاءت بعض النصوص تؤكد سقوط الحضانة، والأخرى تؤكد عدم سقوطها.

2- مصلحة الصغير. فمن رأى أن زوج الأم يؤثر عليه، قال بسقوط الحضانة ومن رأى المصلحة ببقاء الصغير مع أمه قال بعدم سقوطها[1].

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بالسنة والإجماع والمعقول.

أولاً : السنة :

1) استدلوا بقوله – صلى الله عليه وسلم – للمرأة:"أنت أحق به ما لم تنكحي" [2].

وجه الدلالة:

أن الحديث فيه دلالة واضحة على سقوط الحضانة إذا تزوجت بدليل قوله ما لم تنكحي أي علق السقوط على الزواج.

2) عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: كانت امرأة في الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عمُ ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكح الآخر، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: أنكحني أبي رجلاً لا أريده، وترك عم ولدي، فيأخذ مني ولدي، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أباها، فقال :"أنكحت فلاناً فلانة" قال: نعم، قال: "أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك"[3].

وجه الدلالة :

إن الحديث دل على عدم سقوط حضانة الأم للصغير لأنها تزوجت من ذي رحم محرم[4].

---

(1) انظر: عجور: حقوق الأولاد، ص127. رسالة ماجستير.

(2) سبق تخريجه ص (14).

(3) عبد الرازق: المصنف، ج6، ص147

(4) انظر: ابن القيم: زاد المعاد، تحقيق نور الدين، ج3، ص208.

ثانياً : الإجماع :

" قال ابن المنذر: وقد أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن لاحق للأم في الولــد إذا تزوجت[(1)]" .

ثالثاً : المعقول :

تثبت الحضانة للأم لزيادة شفقتها وحنانها على الصغير، وبزواجها من أجنبي قد يلحــق الصغير جفاء، لأنها ستكون منشغلة به، وأولاده، مما يجعل الولد بالنسبة لها في المرتبة الثانيــة، بالتالي ينعكس سلباً على شخصية الطفل، والإسلام لا يرضى بهذا، فــأدى ذلــك إلــى ســقوط الحضانة لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً[(2)].

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني بالكتاب والسنة والمعقول .

أولاً: القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿ **وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ** ﴾ [(3)].

وجه الدلالة:

أن الله عزوجل أبقى حق الحضانة للأم إذا تزوجت بدليل بقاء الربيبة عندها، ولو كانــت الحضانة تسقط بذلك لما بقيت الربيبة عند أمها[(4)].

ثانياً : السنة :

1) أن النبي صلى الله عليه وسلم : " تزوج أم سلمة ومعها ابنتها زينت فبقيت عندها"[(5)] .

---

(1) القرطبي : جامع الأحكام ، ج2، ص405.

(2) انظر: الكيلاني: سلطة ولي الأمر، من مجلة دراسات، م24، ص286، عجــور: حقــوق الأولاد، ص128، رسالة ماجستير

(3) سورة النساء: جزء من الآية (23)

(4) انظر : عجور: حقوق الأولاد، ص128، رسالة ماجستير.

(5) في حدود ما اطلعت عليه من كتب تخريج وكذلك من خلال البحث في الكمبيوتر لم أقف على تخريج الحديث الشريف وآثرت بقائه لأن الجمهور استدل به وهو موجود في زاد المعاد لابن القيم ، ج 3 ، ص 208 .

وجه الدلالة:

إن زينب بنت أم سلمة بقيت في حجر الرسول صلى الله عليه وسلم وهو ليس بمحرم لها فدل على عدم سقوط الحضانة بالزواج من أجنبي.

2) أخرج أبو داود بسنده عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه: خرج زيد بن حارثة إلى مكة فقدم بابنه حمزة فقال جعفر: أنا آخذها، أنا أحق بها، هي ابنة عمي، وعندي خالتها، وإنما الخالة أم، وقال علي بن أبي طالب: أنا أحق بها، هي ابنة عمي، وعندي ابنة رسول الله وهي أحق بها، وقال زيد: هي ابنة أخي كان رسول الله قد آخى بين زيد بن حارثة، وحمزة بن عبد المطلب – وإنما خرجت إليها، وسافرت، وقدمت بها.

فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر، وقال:" الخالة أم"[1].

وجه الدلالة:

أن الخالة تزوجت بغير محرم للصغيرة، ورغم ذلك قضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحضانة، فدل على عدم سقوط الحضانة بزواجها من غير ذي رحم محرم للمحضون[2].

أدلة القول الثالث :

استدل ابن عابدين بما ذهب إليه بالمعقول:

" قلت الأصوب التفصيل، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب فبغض يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقاته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد" [3].

---

(1) سبق تخريجه ص (15) .

(2) انظر : الكيلاني: سلطة ولي الأمر، من مجلة دراسات، م24، ص289.

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص565.

مناقشة أدلة القول الأول:

ناقش أصحاب القول الثاني أدلة الجمهور بما يلي:

1- أن حديث عمرو بن شعيب:" أنت أحق به ما لم تنكحي"[1] صحيفة[2][3].

2- حديث أبي سلمة مرسل، وفيه مجهول[4].

3- أما المعقول فإن النفقة تجب على الأب، فإذا فقد فالنفقة تكون على الأم، إضافة إلى أن زوج الأم قد يكون أفضل للصغير من كثير من أقربائه[5].

الرد على مناقشة أصحاب القول الثاني:

1- إن الاعتراض على حديث " أنت أحق به ما لم تنكحي"[6] ضعيف لأن الأئمة احتجوا بحديث عمرو، وإذا تعارض الاحتجاج به قدم الاحتجاج الأقوى[7].

2- حديث أبو سلمة ليس مرسلاً، لأن أبا سلمة من كبار التابعين. وقد التقى بالمرأة الأنصارية وإذا سلم أنه مرسل ولم تحدث اللقية بينهما فإن للحديث طرق أخرى تقويه وترفعه.

أما المجهول فقد شهد له أبو الزبير بالصلاح وشهادة الراوي للمجهول ثقة[8].

مناقشة أدلة القول الثاني:

ناقش الجمهور أدلة القول الثاني بما يلي:

1) أن حديث أبي طلحة صحيح، لكن الاحتجاج به في غير محله، لأن أحداً من أقارب أنس لم ينازع أمه وهو صغير عليه، ولما جاءت إلى المدينة وتزوجت أبا طلحة كان عمره عشر

---

(1) سبق تخريجه ص (14).

(2) صحيفة : هي " تغيير الكلمة في الحديث إلى غير ما رواها الثقات لفظاً أو معنى " ، الطحان : تيسير مصطلح الحديث ، ص 85 .

(3) انظر: ابن القيم: زاد المعاد، تحقيق نور الدين، ج3، ص208، ابن حزم: المحلي، ج10، ص325.

(4) انظر: ابن القيم: زاد المعاد، تحقيق نور الدين، ج3، ص208.

(5) انظر: عجور: حقوق الأولاد، ص128، رسالة ماجستير.

(6) سبق تخريجه ص (14).

(7) انظر: ابن القيم: زاد المعاد، تحقيق نور الدين، ج3، ص208.

(8) انظر: المرجع السابق ، ج3، ص208-209.

سنين، لم ينازعها أحد فيه، إضافة إلى أنه لا يحرم على المرأة المتزوجة إذا ما اتفقت هي وزوجها وأقارب ولدها على بقائه عندها، بل أنه لا يجوز أن تخاصم الأم في ولدها ويتم انتزاعه منها ولم يطلب صاحب الحق ذلك[1].

2) حديث أم سلمة عندما تزوجت الرسول صلى الله عليه وسلم لم ينازعها أحد في ذلك ، كذلك من العجب أن يطالب أقارب زينب بها وهي في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

الرأي الراجح:

من خلال بيان أدلة كل فريق يتضح للباحثة رجحان القول الأول وهو سقوط حضانة الأم إذا تزوجت بغير محرم للصغير، لقوة أدلتهم ، وإتفاق الصحابة على ذلك، ولأنه الأحفظ والأفضل للصغير.

أما القول الثاني: وهو عدم سقوط الحضانة فمن المعلوم أن ابن حزم يأخذ بظاهر النص ويعمل به ويترك غيره، مع أنه كان الأولى أن يأخذ بنص حديث " أنت أحق به ما لم تنكحي" لصحته.

أما قول ابن عابدين فرغم التعليل المنطقي والذي روعي فيه مصلحة الصغير، إلا أننا في زماننا هذا قلما نجد زوج الأم يرضى بحضانة الصغير ولا ينغص عليه عيشه، إضافة إلى أن ابن عابدين لم يستند في قوله إلى دليل والله تعالى أعلم.

2- أن تكون مرضعة للطفل مع الأجرة فإن وجد غيرها بدون أجرة بأن كان الأب معسراً وأبت إلا أن تأخذ الأم الأجرة فحينئذ يسقط حقها وينتقل إلى من يليها[3]، وإن تبرعت العمة بتربيته بغير أجر فهي أحق به على الصحيح[4].

3- واشترط المالكية ألا تسكن الحاضنة مع من سقط حقها في الحضانة، فلا يحق للجدة حضانة الصغير إذاكانت تسكن مع الأم التي تزوجت، ويعود لها الحق في الحضانة إذا انفردت بالسكن[5].

---

(1) ابن القيم : زاد المعاد ، ج3، ص208-209..

(2) انظر: ابن القيم : زاد المعاد، تحقيق نور الدين، ج3، ص208-209.

(3) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص642، الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353.

(4) انظر الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص46

(5) انظر الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص56، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص639.

الخلاصة :

يضاف إلى ما سبق من شروط عامة بعض الشروط الخاصة بالنساء زيادة في الحرص على الطفل المحضون وهو خلو الأم من زوج أجنبي إلا إذا كان ذا رحم للشفقة عليه.

كذلك يشترط أن تكون مرضعة للطفل، وأضاف المالكية شرطاً وهو عدم السكنى مع من يسقط حقها في الحضانة خوفاً على الطفل ولكني أرى والله أعلم عدم اعتبار هذا الشرط لأن الطفل سيظل في حضن أمه ورعايتها وتشاركها في ذلك الجدة فلا مانع.

أما بخصوص **قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :**

أولاً: قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة :

فإن المادة (382) تنص على ما يلي: "... ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت المبغضين له..." (1)

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية:

فالمادة (155) تنص على ما نصت عليه المادة (382) من قانون الأحوال في غزة.. "ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه".

الخلاصة :

أن قانون الأحوال يستند إلى شروط الحنفية دون إضافة أو اعتبار أي شروط خاصة ذلك لأنه يسير على نفس نهج الحنفية في الغالب .

ثالثاً: الشروط الخاصة في الرجال:

إضافة إلى ما سبق الحديث عنه من شروط عامة في النساء والرجال زاد المالكية شرطين للرجال وهما:

1- أن يكون عند الحاضن الأب أو الجد أو غيرهما من الحواضن نساء يقمن بحضانة الصغير سواء كانت هذه النساء متبرعات أو بأجرة كالأم أو الزوجة أو الخالة أو العمة لأن النساء أعلم بأحوال الأطفال خلافاً للرجال الذين لا قدرة لهم على ذلك(2).

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص61.

(2) انظر الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص256- 257، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص639، الخرشي:حاشية الخرشي، ج5، ص246.

2- أن يكون الحاضن مَحْرَماً للمطيقة (الفتاة الكبيرة) كالأب والأخ والعم وإلا بأن كان ابن العم فلا حق له في الحضانة وإن كان مأموناً عليها[1].

الخلاصة :

أضاف المالكية شرطين لحماية المحضون وهما وجود من يرعاه من النساء ولو بأجرة وأن يكون الحاضن محرماً حفاظاً على المطيقة من الفتنة ولو كان مأموناً وهذه القيود في محلها.

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :

لم يتحدث عن شروط خاصة في الرجال وكان الأولى الأخذ بما نص عليه المذهب المالكي من شروط لأنها تصب في مصلحة الصغير وهو ما نسعى لتحقيقه من خلال الحضانة.

(1) انظر : الإحسائي : تبيين المسالك ، ج3 ، ص 256-257 ، الدردير : الشرح الصغير ، ج3 ، ص 639 ، الخرشي : حاشية الخرشي ، ج5 ، ص 246 ، إبراهيم: موسوعة الأحوال الشخصية، ص65.

المبحث الثاني
الآثار المترتبة على شروط الحضانة

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: سقوط الحضانة

المطلب الثاني: إجبار الأم على الحضانة

المطلب الثالث : عودة الحق في الحضانة

المطلب الرابع : سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة

المطلب الأول
سقوط الحضانة

تسقط الحضانة بإحدى الأسباب التالية:

1- تسقط حضانة الأم بأن تقول: لا حاجة لي به، فتقول جدته: أنا آخذه بشرط أن يكون للولد ذو رحم محرم، وإلا فإن الأم تجبر على الحضانة لصيانة الولد[1] .

2- أو خالعت الأم على شرط أن تسقط حضانتها فإن الخلع يقع ويسقط الشرط عند الحنفية، خلافاً للمالكية فإنهم يفرقون بين الحرة وأم الولد فأم الولد إذا أعتقها سيدها مقابل اسقاط حضانتها للولد قولان، أما أن كانت الأم حرة وخالعت مقابل إسقاط الحضانة فالخلع يقع و الحضانة تسقط[2]. وإذا أسقطت الجدة أو الخالة حقهما في الحضانة عقب طلاق ابنتها أو أختها فإنها تسقط بخلاف ما إذا أسقطتهما قبل أن تجب لهما فلا تسقط على المعتمد[3].

3- تسقط حضانة الأم لطفلها إذا تزوجت بزوج أجنبي غير محرم له بدليل قوله صلى الله عليه وسلم للمرأة " أنت أحق به ما لم تنكحي "[4] فالأم المتزوجة من غير ذي رحم محرم للصغير تكون منشغلة به عن الولد، بالتالي لا تتفرغ لتربيته، إضافة إلى ما يلحق الصغير من جفاء ومذلة من زوج الأم، بخلاف ما إذا كان الزوج ذو رحم محرم فإنه سيعامله برفق نظراً لصلة الرحم التي تربط بينهما[5]، وهذا الشرط موضع خلاف، إضافة إلى خلاف آخر يستند إلى

---

(1) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج4 ، ص180.

(2) انظر: المرجع السابق: ج4، ص180، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص531.

(3) انظر: المرجع السابق: ج2، ص533، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص253.

(4) سبق تخريجه ص (14).

(5) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص557، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص367، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص532، الإحسائي : تبيين المسالك، ج3، ص259، ابن رشد: مقدمات، م2، ص261، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص253، ابن عبد البر: الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص580، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الرافعي: العزيز، ج10، ص90، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150 – 151، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص218،ا لشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص455، بجيرمي: حاشية بجيرمي، ج4، ص112، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص234 – 235، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387، ابن قدامة: المغني، ج9، ص138– 139، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص424 – 425، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص246–265، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص37.

الوقت الذي تسقط فيه الحضانة عن الأم فهل تسقط الحضانة عنها بمجرد العقد أم لا بد من الدخول بها، خلاف على قولين:

القول الأول :

ذهب الحنفية والمالكية إلى القول بأن حضانة الأم تسقط عن الصغير إذا ما تزوجت بغير محرم له ودخلت[1] (بمعنى يشترطون الدخول الحقيقي لسقوط الحضانة وليس مجرد العقد فقط) .

القول الثاني :

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الحضانة عن الأم تسقط بمجرد العقد[2]. (أي يشترطون مجرد العقد دون الدخول لإسقاط الحضانة عن الأم).

إذا طلقت الأم وأرادت أن تعود لحقها في الحضانة فلا يحق لها ذلك إن تم الدخول بها عند المالكية، خلافاً للمذاهب الأخرى[3]، أما إذا لم يتم الدخول أو كان النكاح فاسداً فإن حقها يعود في الحضانة[4].

4- وتسقط الحضانة بالردة، لأن الحاضنة تحبس فيتضرر الصبي[5].

---

(1) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص557، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص367، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص532، الإحسائي : تبيين المسالك، ج3، ص259، ابن رشد: مقدمات، م2، ص261، ص532، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص253، ابن عبد البر: الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248.

(2) انظر: الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الرافعي: العزيز، ج10، ص90، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150-151، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص218، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، الخطيب : مغني المحتاج ، ج3، ص455، بجيرمي: حاشية البجيرمي، ج4، ص112، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص234 – 235، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387، ابن قدامة: المغني: ج9، ص138 – 139، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص424 – 425، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص246 –265، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328.

(3) سيأتي الحديث عنها لاحقاً في مطلبها.

(4) انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ابن عبد البر: الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248، الخرشي: حاشية الخرشي: ج5، ص253، ابن رشد: مقدمات، م2، ص261، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص259، مدوخ: الأسرة في الشرع، ص104.

(5) انظر : ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص566، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص231، الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص211، تحقيق معوض وعبد الموجود، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص179.

5- وتسقط بالكفر فلا حضانة لكافر على مسلم وكذلك الذمي عند المالكية والشافعية والحنابلة لأن الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لكافر على مسلم. خلافاً للحنفية فهم يرون ثبوت الحضانة للأم الكافرة والذمية على الطفل المسلم للشفقة هذا إذا كان الطفل غير مميز أما إن عقل الأديان فينتزع منها خوفاً عليه من الفتنة، وأن تعوده أخلاق الكفار[1].
6- إذا كانت الأم الحاضنة رقيقاً فإن حضانتها تسقط على الولد الحر لأن الحضانة نوع ولاية والرق يتنافى معها، وكذلك أم الولد والمدبرة أو مكاتبة[2] ولدت قبل المكاتبة فإن حقهن يسقط لانشغالهن بخدمة السيد[3].
7- إذا كان للأم لبن وامتنعت من إرضاع الطفل فإن حقها في الحضانة يسقط في الأصح[4].
8- إذا انتقلت الحضانة إلى الإخوة أو الأعمام وكانوا غير مأمونين على المحضون أو ما لها فإنها لا تسلم إليهم ويسقط حقهم ويسلمها القاضي لإمرأة أمينة حتى تبلغ[5].
9- وتسقط الحضانة بالعته والصغر، والجنون لأنهم بحاجة إلى من يرعى شئونهم، وكذلك الفسق

---

(1) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص212، السرخسي: المبسوط، ج5، ص210، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص454 – 455، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص49، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص185، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص231، الرافعي: العزيز، ج10، ص88 –89، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص454–455، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص218، بجيرمي: حاشية بجيرمي، ج4، ص90، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، الخطيب الإقناع، ج2، ص150–151، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص264، ابن مفلح: المبدع، ج8، 234، ابن النجار: منتهى الارادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387.

(2) مكاتبة: المكاتب بضم الميم وفتح التاء اسم مفعول وصورتها أن يقول السيد لعبده حررتك يداً في الحال ورقبة عند أداء المال: المطرزي: الغرب، ص400، قلعجي: معجم لغة الفقهاء ، ص455.

(3) انظر: المراجع السابقة، المرداوي: الانصاف ، ج9، ص423.

(4) انظر : الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، بجيرمي: حاشية بجيرمي، ج2، ص113، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص455، قليوبي وعميرة: حاشيتان، ج4، ص90، الشرواني وابن القاسم: حواشي الشرواني، ج10، ص647، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص37–38.

(5) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص564.

الظاهر[1] ، ويرى الحنفية أن الفسق لا يسقط حضانة الأم فيبقى معها الطفل حتى يعقل ثم ينزع منها كالمكاتبة، أما إن كانت فاسقة فسوقاً يضيع معه الولد عندها فإن حضانة الطفل تسقط، وإذا كانت تخرج كل الوقت وتترك المحضون بلا رعاية فإن حضانتها تسقط[2]، وكذلك كل حاضن لا يؤمن على المحضون منه لقلة دينه وصونه فتسقط حضانته للضرر[3].

10- إذا بلغ الصبي سبع سنين، والفتاة حاضت أو تزوجت ودخل بها زوجها فإن حضانة الأم تسقط[4]، وفي رواية إذا تزوجت وكانت مستأنسة، أما إذا تزوجت ولم تكن صالحة للرجال فإن حضانتها لا تسقط[5].

11- تسقط الحضانة إذا وجد في بدن الحاضن مثل الجذام والبرص لأنهم ممنوعين من مخالطة الأصحاء فمن باب أولى منعه في الحضانة، وكذلك المرض الذي لا يرجى زواله كالفالج والسل إذا كان يؤلمه ويشغله عن الحضانة، وتسقط الحضانة بالعمى عند الشافعية لأنه عاجز

---

(1) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص557، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص367، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص454- 455، الرافعي: العزيز، ج10، ص88 -89، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، قليوبي وعميره:حاشيتان، ج4، ص90، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الشافعي الصغير:نهاية المحتاج، ج7،ص218، بجيرمي: حاشية بجيرمي، ج4، ص110 - 111، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150- 151، الزركشي: شرح الزركشي، م8،ص32، ابن قدامة: المقنع، ص328، البهوتي: منتهى الإرادات، م3، ص264، ابن قدامة: المغني، ج9، ص137، ابن مفلح: المبدع، ص234، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ، ج2، ص87، المرداوي: الانصاف، ج9، ص423.

(2) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص557، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص367، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46.

(3) انظر: السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص230، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248.

(4) سيأتي لاحقاً الحديث عنها في مطلبها.

(5) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص37، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص567، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص184، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص312، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص48.

عنها، وكذلك تسقط حضانة المسنة التي جاوزت الستين عاماً لعجزها عن القيام بالطفل وشئونه[1].

12- إذا سافر ولي المحضون، أو سافرت الحاضنة سفراً نقله وكانت المسافة مسافة القصر أو تزيد عليها عند الشافعية والحنابلة، أما المالكية فالمسافة عندهم ستة برد فأكثر[2]، إضافة إلى أمن الطريق والبلد المراد الإقامة فيه حفاظاً على الولد فإن للولي نزع الصبي من الحاضنة والسفر به إلا إذا سافرت معه، ويسقط حق الولي إذا سافر للإقامة ولم يأمن الطريق أو البلد[3].

بعض الصور الفقهية التابعة لسقوط الحضانة:

1- إذا تزوجت الحاضنة فإن حضانتها تسقط، لكن إذا فقد الحاضن الشرعي بأن لم يوجد، أو كان موجوداً ولكنه غير مأمون على المحضون، فإن الحضانة تبقى للأم ولا تسقط[4].

---

(1) انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ج5، ص242، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص647، ابن جزى: قوانين الأحكام، ص248، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص580، الرافعي: العزيز، ج10، ص88، بجيرمي: بجيرمي، على الخطيب، ج4، ص113، الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ص353، قليوبي وعميرة: حاشيتان، ج4، ص90، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص455، البهوتي: شرح منتهى الارادات، م3، ص267، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص305 –306.

(2) البرد: البُرَيدُ: فَرْسخان والفَرسَخْ يساوي ثلاثة أمْيَال والميل يساوي أربعة آلاف ذراع، انظر: ابن منظور: لسان العرب: ج1، ص250.

(3) انظر: الإحسائي ، تبيين المسالك، ج3، ص261، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص249-551، ابن عبد البر: الكافي، ص297، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص532، الدردير: الشرح الصغير: ج3، ص644 – 645، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، بجيرمي: حاشية بجيرمي، ج4، ص111-112، قليوبي وعميرة: حاشيتان، ج4، ص90، القفال: حلية العلماء، ج7، ص444-445، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، الرافعي: العزيز، ج10، ص98، الحصني: كفاية الأخيار،ج2، ص239، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، ابن قدامة: المغني، ج9، ص141 –142، البهوتي: شرح منتهى الارادات، م3، ص265، المرداوي: الانصاف، ج9، ص427 –249، ابن النجار: منتهى الارادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص236 –237، وسيأتي الحديث عنها لاحقاً في مطلبها.

(4) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ص642 – 643، الخرشي: حاشية الخرشي: ج5، ص278.

2- إذا كانت الأم الحاضنة حرة والأب عبداً، وتزوجت الأم من أجنبي فإن الحضانة تبقى لها لإنشغال الأب بأمور سيده[1].

3- إذا كانت الأم وصية على الأطفال وتزوجت بأجنبي، فهل تسقط حضانتها؟ روايتان لمالك، الأولى: تسقط الحضانة، الثانية: يبقوا معها إن وفرت لهم السكن وكافة المستلزمات إلا أن يخشى عليهم فتسقط[2].

4- لو قال صاحب الوصية في وصيته إن تزوجت فانزعوهم منها، فلا تسقط لأنه لم يقل في الوصية لا وصية لها[3].

5- إذا تأيمت[4] الحاضنة قبل علم من انتقلت إليه الحضانة، فإن حضانتها تستمر ولا تسقط[5].

6- لو انتقلت الحضانة من الأم التي تزوجت بأجنبي إلى حاضنة أخرى ورفضت أن ترضعه في بيتها أو بيت أمه فلا تسقط حضانة الأم[6].

الخلاصة :

يتضح من خلال المطالب السابقة أن جميع المذاهب متفقة على أن الأم أحق بحضانة الطفل من غيرها إذا ما توافرت فيها الشروط المعهودة عند كل مذهب، فإذا ما اختل شرط سقطت حضانتها، وانتقلت إلى من يليها وهكذا....

وهذه الشروط كلها تراعي مصلحة المحضون وتكون له السور الآمن، الضامن لحياة خالية من أي نكد وكد وكأنه يمارس حياته الطبيعية بين والديه.

وهذه الموانع التي تؤدي إلى سقوط الحضانة منها ما هو متفق عليه والبعض الآخر زائد وهذه الزيادة مقبولة لأنها شاملة لمعنى الاستقرار للمحضون.

---

(1) انظر: الدردير : الشرح الصغير ، ص 642-643 ، الخرشي : حاشية الخرشي : ج5 ، ص 278 .

(2) انظر: المرجع السابق .

(3) انظر : الخرشي : حاشية الخرشي ، ج5 ، ص 248 .

(4) تأيمت: المفرد أيم والجمع أيامي وأيايم ويقصد بها الرجال والنساء الذين لا أزواج لهم، وسواء أكانت المرأة بكراً أو ثيباً أو مطلقة أو متوفي عنها زوجها ، انظر: ابن منظور: لسان العرب،ج1، ص191.

(5) انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص248.

(6) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص642.

ثانياً : أما المادة (383) من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في قطاع غزة تنص على ما يلي: "إذا تزوجت الحاضنة أما كانت أو غيرها بزوج غير محرم للصغير سقط حقها في الحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا ومتى سقط حقها انتقل إلى من يليها في الاستحقاق من الحاضنات[1]" .

أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية فالمادة (156) تنص على: "عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها[2]" .

الخلاصة :

نلاحظ أن قانون الأحوال اكتفى بمسقط واحد للحضانة ولم يتطرق إلى الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى سقوط الحضانة ولعل ذلك يرجع إلى أنهم قد ذكروا الشروط التي ينبغي أن تتوافر في الحاضنة فإذا ما اختل شرط أدى ذلك إلى سقوط الحضانة بناء على استنادهم في الغالب إلى نصوص المذهب الحنفي.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين، ج10، ص61.

(2) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص272، الظاهر: مجموعة التشريعات، ص139.

المطلب الثاني
إجبار الأم على الحضانة

تحدثت سابقاً[1] عن صاحب الحق في الحضانة وذكرت أن العلماء اختلفوا في ذلك على قولين:

1- **القول الأول:** ذهب بعض الحنفية وهو المفتي به عندهم، ومالك في رواية وهو المشهور عند المالكية، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة الظاهرية إلى القول بأن الأم هي صاحبة الحق في الحضانة. [2]

2- **القول الثاني:** ذهب محمد وأبو الليث والهندواني وخواهر زادة من الحنفية ومالك في رواية أخرى وابن الماجشون وآخرون من المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة إلى القول بأن: الصغير هو صاحب الحق في الحضانة[3].

- وبناء على هذه الأقوال فإن أصحاب القول الأول يرون عدم إجبار الأم على حضانة الصغير لأنها هي صاحبة الحق في الحضانة فلا تجبر على حقها.
- أما القول الثاني فإن الأم تجبر على حضانة الطفل لأنه هو صاحب الحق.

(1) انظر: المطلب الثالث من المبحث الثاني في الفصل الأول فقد تحدثت عن هذا الموضوع بالتفصيل فليرجع إليه.

(2) انظر: الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46-47، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص180، السمرقندي:تحفة الفقهاء، ج1، ص230، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص559-560، ابن عبد البر: الكافي، ص296، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص632- 633، ابن رشد: المقدمات، م2، ص262، الخرشي: حاشية الخرشي: ج5، ص235، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص283-284، البهوتي:شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، المرداوي: الانصاف، ج9، ص416،ابن حزم: المحلي، ج10، ص323، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص563، قاسم: حقوق الأسرة، ص392.

(3) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص559، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، 180، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص47، ابن عبد البر: الكافي، ص296، ابن رشد: المقدمات، م2، ص262، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص583، السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص563، الجندي: الحضانة في الشرع والقانون، ص12.

- لكن أصحاب القول الأول رغم عدم إجبارهم للأم على الحضانة وبأنها إن أرادت أن تسقط حقها فيها فيحق لها ذلك وتنتقل الحضانة إلى أمها على الصحيح من مذهب الحنابلة، وقيل إن الحضانة تنتقل إلى الأب بعد امتناع الأم[1]، إلا أنه إذا لم يوجد من يرضع المحضون، أو فقد الأب، ولا يوجد مال للمحضون وكان الطفل لا يقبل رضاعة أحد غير أمه، فإنها تجبر على ذلك خوفاً من هلاك الولد[2].
- أما إذا قبل الرضاعة من غيرها فلا تجبر على رضاعته والدليل على عدم إجبارها على الرضاعة قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا.** ﴾[3] .
- كذلك إذا تزوجت الأم ورفض زوجها أن ترضع الطفل، فله أن يمنعها لأن عقد النكاح يقتضي التمليك والاستمتاع والرضاعة تفوت الاستمتاع في بعض الأوقات فله ذلك، لكن إذا رفض الطفل أن يقبل مرضعة أخرى وخشي عليه، فليس له حق المنع للحفاظ على نفس الصغير، انطلاقاً من ارتكاب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما[4].
- أما أصحاب القول الثاني فيرون إجبار الأم مطلقاً على حضانة الطفل[5].
- وفرق مالك في المشهور بين الأم الشريفة والأمة ففي "المشهور عن مالك: لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالإرضاع-، وتجبر التي هي ممن ترضع" [6].

الرأي الراجح:

من خلال ما سبق يتضح لي أن أصحاب القول الأول هو الراجح لصحة ما ذهبوا إليه فرغم أن الحضانة حقاً للأم ولا تجبر عليها إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بضوابط

---

(1) انظر: ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327، المرداوي: الانصاف، ج9، ص417 –421، ابن قدامة: المغني ، ج9، ص136.

(2) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص204 ، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ص233، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص180، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص47، إبراهيم : أحكام الأحوال الشخصية، ص386، الخطيب: الإقناع، ج2، ص1514، بجيرمي: بجيرمي، على الخطيب ، ج4، ص115.

(3) سورة البقرة: جزء من الآية (233).

(4) انظر: الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص39 –40، الزحيلي: الفقه الحنبلي، م3، ص308.

(5) انظر ابن جزي: قوانين الأحكام، ص249، ابن عبد البر: الكافي، ص296.

(6) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج3، ص368.

تقضي مراعاة مصلحة جميع الأطراف، الطفل حيث يضمن له الحفظ والصيانة وعدم الهلاك، الأم حيث تمارس حياتها الطبيعية دونما أي ضرر، وكذلك زوج الأم الغير محرم للصغير الذي له حق التملك والاستمتاع دون انتهاك لذلك إلا إذا اقتضت الضرورة استناداً لقاعدة ارتكاب أدنى الضررين لدفع أعلاهما أما الرأي الثاني فهو مقتصر على مصلحة الصغير دون اعتبار لغيره.

قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :

أولاً: المطبق في قطاع غزة فإنه ينص في المادة (387) على ما يلي:

"إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنعت فحينئذ تجبر إذا لم يكن لها زوج أجنبي[1]".

ثانياً: المطبق في الضفة الغربية :

في حدود ما اطلعت عليه من مواد لم أقف على نص مادة يتحدث عن إجبار الأم على الحضانة، بالتالي يمكن الأخذ بنفس ما نص عليه القانون المطبق في غزة بناء على نص المادة(183) : " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة[2]"

الخلاصة :

إن قانون الأحوال في المادة (387) استند إلى الفقه الحنفي لكنه افتقر إلى عدم إجبار الأم إذا كانت متزوجة بأجنبي وقد ذكرت سابقاً أن الزوج يجبر إذا لم يقبل الصغير مرضعة إلا أمه، فكان الأولى أن تكون المادة شاملة لجميع النواحي .

---

(1) سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين، ج10، ص62.

(2) الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص17.

المطلب الثالث

عودة الحق في الحضانة

إذا سقطت حضانة الأم أو الحاضن لأي سبب من الأسباب التي وضعها كل مــذهب، وزال هذا السبب فهل تعود الحضانة لمن نزعت منه.

إذا زالت الموانع بأن أعتق الرقيق أو أم الولد أو مات عنها زوجها، وعقل المعتــوه، وأسـلم الكافر، وعدل الفاسق، وزال المرض من جذام وبرص عادت الحضانة إليهم[1] باتفاق إلا في حالة ما لو أسقطت الحاضنة حقها من غير عذر، ثم عادت إليها فلها ذلــك عنــد الــشافعية والحنابلة في الأظهر [2]، خلافاً للمالكية في المشهور عندهم وخلاف الأظهر عنــد الحنابلــة الذين يشترطون لسقوطها عذر مثل المرض وخوف المكان أو سفر الولي بالمحضون ســفر نقله أو سافر بها زوجها وهي غير راضية، وزال العذر فيحق لها الرجوع فــي الحــضانة، وقيل لها حق العودة، وذلك بناء على أن : هل الحضانة حق له أو عليه؟ فإن كانت له ذهبت الحضانة للأب وكانت لازمة وإلا بأن كان الحق عليه فلا تلزم ولها العودة في طلبها[3].

---

(1) انظر المرغيناني: الهداية، ج1، ص38، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص372، ابد عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص557، الدسوقي: حاشية الدســوقي، ج2، ص533، الخرشــي: حاشــية الخرشــي، ج5، ص254، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص114، الشرواني: حواشي الشرواني، ج10، ص648، الخطيب: الإقناع، ج2، ص1514، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الخطيــب: مغنــي المحتــاج، ج3، ص456، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص219، القفال: حلية العلمــاء، ج7، ص435، الرافعــي: العزيز، ج10، ص91، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص580، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص239، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، المرداوي:الانــصاف، ج9، ص425، ابــن النجــار: منتهــى الارادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387، ابن قدامة: المغني، ج9، ص140، البهــوتي: شــرح منتهــى الارادات، م3، ص265، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص235، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص305-309.

(2) انظر: الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص219، الشرواني: حواشــي الــشرواني والعبــادي، ج10، ص648، المرداوي: الانصاف، ج9، ص421.

(3) انظر الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص533، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص254، ابن قدامة: المقنــع، ج3، ص328، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص236، المرداوي:الانصاف، ج9، ص421 ، ص426 -427.

- اتفق الفقهاء على أن الحضانة تثبت للأم ما لم تتزوج، وإذا تزوجت ودخل بها الـزوج هـل تسقط حضانتها أم لا خلاف[1] ، ثم اختلفوا بعد ذلك فيما إذا طلقت طلاقاً بائنـاً، هـل تعـود حضانتها، فذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى القول بعودتها ، وذهب مالك في المـشهور عنه إلى القول بعدم عودة الحضانة لها إذا طلقت[2].
- إذا تزوجت الحاضنة بزوج أجنبي ومات عنها أو طلقها عاد حقها لزوال المانع وهي أولـى ممن أبعد منها ولو كان الطلاق رجعياً ولم تنقض عدة الحاضنة على الفور علـى المـذهب عند الشافعية إن رضي الزوج المطلق بمكوث الولد عنده، وهو الصحيح من مذهب الحنابلـة بعودة الحضانة على الفور[3]، وقال المزني[4]: إن كان الطلاق رجعياً فلا يعود حقهـا لبقـاء النكاح، وأجيب بأن النكاح أسقط حقها لاشتغالها باستمتاع الزوج، والطلاق الرجعي خلا مـن ذلك لأنه يحرم الاستمتاع كما يحرم في الطلاق البائن، فتعود الحضانة للمرأة مرة أخرى[5].
- فرق المالكية في فسخ النكاح الفاسد، فإذا فسخ النكاح الفاسد بعد الـدخول سـواء أكـان مختلفاً في فساده أو مجمعاً عليه ودريء الحد فلا يعود الحق إليها وهو الأصوب كما قال ابن يونس، وقيل إن حقها يعود بعد فسخ النكاح لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً[6].

---

(1) سبق الحديث عنها في ضمن المطلب الثاني في المبحث الأول في الفصل الثالث .

(2) انظر : الدمشقي: رحمة الأمة، ص323.

(3) انظر الكاساني: بدائع الصنائع،تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص211- 212، الزيلعي وابن نجيم: تبيـين الحقائق ج3، ص47-48، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص183، المرغينـاني: الهدايـة، ج1، ص37، ابـن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص370، ابـن عابـدين: حاشـية رد المحتـار، ج3، ص559 -560، 566، الشرواني: حواشي الشرواني، ج1، ص648، بيجيرمي: بيجيرمي علـى الخطيـب، ج4، ص114، الخطيـب: الإقناع، ج2، ص151، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الغزالي: الوسـيط، تحقيـق إبـراهيم وتـامر، م6، ص239، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص456، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص219، القفال: حلية العلماء، ج7، ص435، الرافعي: العزيز، ج10، ص91، البهوتي: كشاف القنـاع، ج5، ص580، المـرداوي: الإنصاف، ج9، ص425، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، ابن قدامة: المغني، ج9، ص140، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص305، 309.

(4) المزني: هو اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمر، الملقب بـ (أبا إبراهيم)، وهو إمام الشافعيين، قـال عنـه الشافعي: المزني ناصر مذهبي، وقال في قوة حجته: لو ناظر الشيطان لغلبه، كان زاهداً، مجاب الدعوة، يغـسل الموتى حسبة، ألف كتب كثيرة منها: الجامع الكبير، الجامع الصغير، المنثور، المسائل المعتبرة توفى سنة أربـع وستين ومئتني. انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج12، ص492-495، اسماعيل: أصول الفقه، ص89- 91.

(5) انظر: الشيرازي:المهذب، ج2، ص170، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص239.

(6) انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ج5، ص255، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص533.

- إذا تزوجت الحاضنة بغير رضاها تسقط حضانتها لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه فأشبه المرض والضعف في الحضانة، فإن زالت العلة عاد حق الحضانة لها[1].
- إذا تزوجت الأم من أجنبي وانتقلت الحضانة إلى أمها، ثم فارقت الأم زوجها الأجنبي وقامت الجدة برد الطفل لأمه فإن حقها في الحضانة يعود، وكذلك لو ماتت الجدة أو تزوجت والأم خالية من أي مانع من موانع استحقاق الحضانة فإن الحق يعود إليها[2].

الخلاصة :

إذا زالت موانع استحقاق الحضانة من رق وكفر ومرض وسفر نقلة (إقامة) .... إلخ عاد الحق للحاضن، لأن الحضانة سقطت عنه بسبب تلك الموانع فعادت الحضانة، وكذلك الأم التي تزوجت برضاها وطلقت أو مات عنها زوجها فالأولى أن يعود حقها في الحضانة لزوال مانع الزواج عنها، وأضاف المالكية بعض القيود المقبولة زيادة في الحرص لأن الحضانة ليست بالأمر الهين بحيث يمكن للشخص أن يتنازل عنها برضاه ثم يعود لها إذ يؤثر ذلك على معنى الصيانة والحفظ للصغير المرجو منها.

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً: المطبق في قطاع غزة فالمادة (383) تنص على:

"... ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة التي سقط حقها بتزويجها بغير محرم للصغير[3]".

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية فإن المادة (158) تنص على أنه:

"يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطها[4]"

ركز قانون الأحوال على مانع الزواج لأنه الأكثر خلافاً بين المذاهب الفقهية وقد اتفق مع معظم المذاهب على أن حق الأم يعود في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي ثم طلقت لزوال سبب المنع إضافة إلى ما ذكرت سابقاً إن قانون الأحوال يستمد معظم نصوصه من المذهب الحنفي.

---

(1) انظر: ابن رشد: المقدمات، م2، ص262.

(2) انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص255، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص533.

(3) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين، ج10، ص61.

(4) الأشقر : الواضح في شرح قانون الأحوال، ص298، التكروري: شرح قانون الأحوال، ص274.

المطلب الرابع
سكوت صاحب الحق عن طلب الحضانة

إذا تزوجت الأم، أو من تجب لها الحضانة زوجاً أجنبياً، فإن حقها في الحضانة يسقط إذا دخل بها لاشتغالها بالزوج عن ولدها، ثم تنتقل الحضانة إلى من يليها، فإن سكت الحاضن الـذي وجبت له الحضانة بعد علمه بالزواج عن طلبها، فإن حضانة المتزوجة لا تسقط، ولـيس لمـن سكت الحق في أخذ المحضون منها. (1)

ولا تسقط إذا كان جاهلاً بالدخول، أو علم ولم يمض على علمه عام، أو مـضى عـام، ولكنه كان ساكتاً لعذر يمنعه من طلبها ومن ذلك الجهل باستحقاق الحضانة بدخول من له الحـق في الحضانة بعدها(2).

لو كانت صاحبة الحق في الحضانة غائبة ولم تطلب بحقها فيها، أو جاء نائباً عنها يطلبها لها، فإن الحضانة تثبت لها لما ورد في حديث ابنه حمزة فإن صفية وكانت خالة البنت لم تطلـب الحضانة، وطلبها جعفر فقضى بها الرسول صلى الله عليه وسلم لخالتها(3).(4)

الخلاصة :

في حدود ما اطلعت عليه من مراجع لم أعثر على موضوع سكوت صاحب الحق عـن طلب الحضانة إلا عند المذهب المالكي، والحنابلة أشاروا إلى غياب صاحبة الحق وتوكيـل مـن ينوب عنها، أما المذاهب الأخرى، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني لم أقف على مـادة من مواده تتطرق إلى الموضوع ولعل ذلك يرجع إلى عدم تناول المذهب الحنفي لذلك لأنني قـد أشرت سابقاً إلى أن القانون يستمد مواده القانونية من المذهب الحنفي.

---

(1) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص640، الخرشي: حاشـية الخرشـي، ج5، ص245 -246، ابـن رشد: المقدمات، م2، ص261-262.

(2) انظر: المراجع السابقة.

(3) سبق تخريجه ص(14) .

(4) المرداوي: الإنصاف، ج9، ص419.

ويمكن إيجاز ما توصلت إليه من المذهب المالكي بما يلي:

1- إذا علم صاحب الحق بانتقال الحضانة إليه وسكت عنها ولم يطلبها وهو يعلم أنها انتقلت إليه يسقط حقه فيها وتبقى الحضانة في يد صاحبها ، أما إذا علم بانتقال الحضانة إليه ولكنه لم يطلبها فترة لم تتجاوز السنة ثم طلبها فإنها تثبت له وتسقط عن الحاضن السابق .

2- أ- إذا تزوجت الأم أو الحاضنة ولم يعلم بدخولها.

ب- تزوجت وعلم بذلك ولم تتجاوز فترة العلم السنة.

ج- تزوجت الحاضنة ولكنه لا يعلم بانتقال الحضانة إليه بالدخول ومضى عام أو أكثر ففي هذه الحالات الثلاثة تثبت الحضانة لمستحقها إذا لم تتأيم الحاضنة التي تزوجت وإن تأيمت فلا تثبت له لعودة حضانة المتزوجة مرة أخرى.

3- إذا كانت صاحبة الحضانة غائبة ووكلت من ينوب عنها فإن الحضانة تثبت لها .

الفصل الثالث

أجرة الحضانة ومكانها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: أجرة الحضانة :

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : على من تجب أجرة الحضانة

المطلب الثاني: تخيير الحاضنة بين الاحتضان أو عدمه

المطلب الثالث: وقت استحقاق الأجرة

المطلب الرابع: أجرة ومسكن الحضانة

المبحث الثاني : مكان الحضانة :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: انتقال الحاضن بالمحضون

المطلب الثاني: رؤية المحضون

المبحث الأول
أجـــرة الحضانة

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : على من تجب أجرة الحضانة.

المطلب الثاني: تخيير الحاضنة بين الاحتضان أو عدمه.

المطلب الثالث: وقت استحقاق الأجرة.

المطلب الرابع: أجرة ومسكن الحضانة.

المطلب الأول

على من تجب أجرة الحضانة

تحدث الفقهاء عن أجرة الحضانة بالتفصيل كل حسب وجهة نظره لذا سأتحدث عن كل مذهب على حدة :

أولاً : المذهب الحنفي :

ميز الحنفية في وجوب الأجرة حسب الحالة:

1) إذا كانت الأم مرضعة للطفل :

ذهب الحنفية إلى أن أجرة الحضانة تجب على الأب، والحضانة على الأم، ثم فصلوا في أجرة الرضاع، ويرجع ذلك إلى وجوه تأويل للآيات الكريمة، ففي قوله تعالى:﴿ **لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا**﴾[1] ولا يجوز للزوج أن يضر زوجه ولو باعتبار ما كانت عليه من الزوجية من بخسها حقها في أجرة الرضاع وهذا يثبت بالدليل الإشاري أن للحاضنة أجرة ، وقوله تعالى في المطلقات : ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾[2] أن الله عز وجل جعل أجرة الرضاع على الأب، مع وجود الأم، وقوله تعالى:﴿ **وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[3] فإن أريد بالآية الكريمة المطلقات فدل على أنه لا إرضاع على الأم حيث أوجب بدل الإرضاع على الأب مع وجود الأم، وإن أريد به المنكوحات فكان المقصود زيادة النفقة على الأب لأجل منفعة الولد، ذلك لأن المنكوحة تستحق بالنكاح النفقة من غير وجود الولد، بخلاف نفقة الولد فالأب يختص بها، كالنفقة عليه بعد الاستغناء لا يشاركه فيه أحد، لأن الولد جزء منه والإنفاق عليه كالإنفاق على نفسه وهذا في الحكم، أما في الفتوى فالأم ترضع ولدها، وإن أبت لا تجبر إلا إذا تعين عليها بأن لم يوجد غيرها، كي لا يهلك الولد، ولا تجب لها الأجرة لأنها تقوم بأمر واجب عليها شرعاً [4].

---

(1) سورة البقرة : جزء من الآية (233).

(2) سورة الطلاق: جزء من الآية(6).

(3) سورة البقرة : جزء من الآية (233).

(4) انظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص210، المرغيناني: الهداية ، ج1، ص37، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص618، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص204، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص557، ص60، إبراهيم : أحكام الأحوال الشخصية، ص387.

2) إذا كانت الأم معتدة من طلاق رجعي أو مبتوتة وما تزال في عـدتها أو مبتوتـة منقضية العدة:

وإذا كانت الأم معتدة من طلاق رجعي، فإنها لا تستحق الأجرة لثبوت أجرة النكـاح لها، أما إذا كانت مبتوتة غير منقضية العدة فهل تجب لها الأجرة؟ الخلاف على قولين :

القول الأول : أنها تستحق الأجرة لأنها صارت بمنزلة الأجنبية.

القول الثاني : أنها لا تستحق الأجرة، لأنها تأخذ النفقة في حال قيام العـدة، وإذا كانـت الأم مبانة وقد انقضت عدتها، فلها أجرة الحضانة لأنها بمنزلة الأجنبية [1].

3) إذا كانت الحاضنة غير الأم:

إذا انتقلت الحضانة من الأم إلى غيرها من الحواضن فتجب لها أجرة الحضانة مطلقاً ما لم تكن متبرعة بها[2].

4) إذا فقد الأب وكان للصغير أم أو أم وعصبة وأقرباء:

i- إذا فقد الأب فالأم أحق بتربيته من غير أجرة فلا تطلبها من مال الصغير أو غيره[3].

ii- وإذا فقد الأب وكان للولد أم وعم موسرين فالأمر خلاف، ففي ظاهر الرواية أن أجـرة الرضاع عليهما أثلاثاً على قدر الميراث لقوله تعالى:﴿ **وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْـلُ ذَلِـكَ**﴾[4] ولأن العم قادر على تحصيل ذلك بماله مما يجعله موسراً فيه، وفي رواية أن الرضاع على الأم دون العم لأنها موسرة به بخلاف العم، وإن كان العم فقيراً فالرضاع والنفقـة على الأم دون العم لأنه مطالب بالنفقة من ماله لا من كسبه[5].

iii- إذا وجد للصبي أم وأخ شقيق وعم وجميعهم أغنياء، فالرضـاع يكـون علـى الأم والأخ الشقيق أثلاثاً بحسب الميراث، والعم لا شيء عليه لأن الأخ الشقيق يحجبه من الميـراث. والخلاصة أن النفقة بعد الأب تكون على كل ذي رحم محرم كلٌ حسب ميراثه فإن وجـد أحدهما فقيراً انتقلت النفقة إلى الآخر ولا يجبر عليها وإن تطوع بالنفقة كان الأفضل.

---

(1) انظر : الكاساني : بدائع الصنائع ، تحقيق معوض وعبد الموجود ، ج5 ، ص 205 ، ابـن عابـدين : حاشية رد المحتار ، ج3 ، ص 561 ، السمرقندي : تحفة الفقهاء ، ج1 ، ص 233 .

(2) انظر: إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية، ص387.

(3) انظر : ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص181.

(4) سورة البقرة: جزء من الآية (233).

(5) انظر : السرخسي: المبسوط، ج5، ص211.

iv- إذا كانت الأم فقيرة ووجد للولد خالة وعمة وابن عم فالنفقة تكون أثلاثاً، ثلثان على العمة وثلث على الخالة والأم لا شيء عليها فهي كالمعدومة، وكذلك ابن عم لأن الذي يتولى النفقة يجب أن يكون ذو رحم محرم للصغير، وأما العصبة من الأقارب فلا تجب عليه النفقة وإن كان وارثاً(1).

v- إذا كان الأب معسراً ثم أيسر فهل يرجع كلٌ من الأم والعمة والعم عليه بالأجرة؟ الأم ترجع أما العم والعمة فخلاف(2).

ثانياً : المذهب المالكي :

أما المالكية فقد ذهبوا إلى القول بأنه لا تجب الأجرة للحاضنة مقابل حضانتها للصغير في المشهور عندهم وليس لها أن تأخذ من نفقة الولد لتنفق على نفسها وهذا قول مالك الذي رجع إليه، وفي مقابل المشهور تجب لها الأجرة، هذا الخلاف إذا كانت الأم غنية، أما إذا كانت فقيرة فإنه تجب لها النفقة من مال الصغير إذا كانت أمه للإعسار وليس للحضانة، أما إذا كانت حاضنة أخرى غير الأم وتعلقت مصالحة بها فتجب لها النفقة على المشهور(3).

ثالثاً : المذهب الشافعي :

- أما الشافعية فقد اختلفوا في مؤونة الحضانة هل تجب على الأب أم تؤخذ من مال الصغير، والأمر قولان:
- الأول: أن مؤونة الحضانة تجب على الأب لأن نفقة الطفل واجبه عليه وهي من أسباب الكفاية قياساً على النفقة.
- الثاني: أن مؤونة الحضانة تكون من مال الصغير فإن لم يكن له مال تنتقل إلى الأب لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة(4).

---

(1) انظر: السرخسي : المبسوط ، ج5 ، ص 211-212 .

(2) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار ، ج3، ص558.

(3) انظر: الإحسائي : تبيين المسالك ، ج3، ص263، الدردير: الشرح الصغير ج3، ص650 -651.

(4) انظر: الخطيب الإقناع، ج2، ص148، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص283، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص214، الرافعي: العزيز، ج10، ص86، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص583، الغزالي: الوسيط، م6، ص238، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص737، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص104، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص351، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص516.

- لو طلبت الأم أجراً على رضاعتها للمحضون فلها ذلك بدليل قوله تعالى:﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾[1] حيث أوجب الله عز وجل للأم الأجرة علـــى الرضـــاعة إذا طلبتها ولو كانت الرضاعة واجبة عليها، لما استحقت أجرة عليها، إذا قال لهـــا الحـــاكم أرضعيه واحضنيه فإنها ترجع على الأب بالنفقة وإن لم يستأجرها، وإن احتاجــت فـــي أثناء حضانتها إلى خدمة يجب على الأب أن يوفر لها ذلك لأن الأم لا تلزم بخدمته وإن وجبت لها أجرة على الحضانة، وإن لم تطلب أجرة مقابل الحضانة أو الرضـــاعة فـــلا ترجع على الأب لعدم التزامها[2].
- وإن حضنت على أن تعود على الأب بالنفقة وأشهدت على ذلك بسبب غياب المنفــق أو تعذر وجود القاضي فلها الأجرة وإلا فلا[3].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

- اتفق الحنابلة على أن الأم أحق الناس بحضانة طفلها، فلو طلبت أجرة مقابل حـــضانتها له، وجبت لها كالرضاع[4].
- اختلفوا هل الحضانة حق للحاضن أم عليه؟ فمن رأى أن الحضانة حق للحاضن وطلـــب أجرة مقابل الخدمة فليس له ذلك لأنها حق له، ومن رأى أنها حق عليه وطلـــب أجـــرة مقابل الخدمة فله ذلك لأنها ليست واجبة عليه وهذا الخلاف إذا كان الحاضن غنياً، أمـــا لو كان فقيراً فتجب له الأجرة في الحالتين[5].
- إذا أرضعت الأم طفلها مقابل أجرة المثل فهي أحق به من غيرها[6].

---

(1) سورة الطلاق: جزء من الآية (6).

(2) انظر: بجيرمي: بجيرمي علي الخطيب، ج4، ص104، الخطيب: الإقناع، ج2، ص148، الـــشرقاوي : حاشية الشرقاوي، ج2، ص351، الشرواني والعبـــادي: حواشـــي الـــشرواني، ج10 ص637 –638، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص214، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص516، الخن وآخـــرون: الفقه المنهجي، م2، ص193.

(3) انظر: الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص649.

(4) انظر : ابن قدامة: المغني، ج9، ص133، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص416، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص386.

(5) انظر: ابن مفلح: المبدع، ج8، ص236.

(6) انظر: الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص309.

- إذا قامت الأم بإرضاع طفلها في حال قيام الزوجية وطلبت مزيداً من النفقة، فعلى الأب الالتزام بذلك لقوله تعالى: ﴿ **وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[1] لأنها تستحق النفقة مقابل الكفاية وهنا زادت حاجتها فيكون زيادة للكفاية[2].
- لو تم استئجار امرأة للرضاعة والحضانة فعليها الالتزام بالاثنان معاً، وإذا استؤجرت للرضاع فهناك قولان:

  الأول : يلزمها الحضانة والرضاعة.

  الثاني : الرضاعة فقط .
- ولو استؤجرت للحضانة، وأطلق العقد دون ذكر الحضانة والرضاعة، فهل يجب عليها الحضانة،، قولان: أصوبهما الرجوع في ذلك إلى العرف والعادة[3].

الخلاصة :

- يرى الحنفية أن أجرة الحضانة تجب على الأب، أما أجرة الرضاع فعلى تفصيل حسب الحالة إذا كانت متزوجة فلا تجب لها أما المبتوتة وما تزال في العدة فخلاف أما المنقضية العدة فتجب لها الأجرة .
- وكذلك أي حاضنة غير الأم ما لم تكن متبرعة بالحضانة.
- وإذا مات الأب فالأم أولى ولا تستحق الأجرة.
- وإذا فقد الأب وكان للطفل أم وعم موسرين فهل تجب عليهما النفقة قولان.
- في حالة اجتماع الأم مع الأخ الشقيق والعم فالنفقة تجب على الأم والأخ الشقيق أثلاثاً حسب الميراث، أما إذا كانت الأم فقيرة ووجد معها عمة الطفل وخالته وابن عمه، فالنفقة تجب على العمة بثلثين والخالة ثلث، ولا تجب على الأم لأنها كالمعدومة وكذلك ابن العم وإن كان وارثاً إذ تجب النفقة فقط على كل ذي رحم محرم، أما العصبة سواء أكان وارثاً أم لا فلا تجب عليه النفقة.
- أما المالكية فيرون في وجوب الأجرة للأم خلاف على قولين، والمشهور أنها لا تجب لها إذا كانت غنية وإذا كانت فقيرة فلا خلاف في أنها تستحقها من مال الصغير أما غير الأم فإذا كانت مصالح الطفل متعلقة بها فتجب لها على المشهور.

---

(1) سورة البقرة : جزء من الآية (233).

(2) انظر: الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص309.

(3) انظر : البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص 309 –309.

- أما الشافعية فقد اختلفوا في مؤونة الحضانة هل تجب على الأب، أم تؤخذ من مال الصغير فهناك قولان، وكل قول استدل بالقياس على النفقة، ولو طلبت الأم أجراً مقابل رضاعتها فلها ذلك، لأن الرضاعة ليست واجبة عليها، وإذا رفعت الأمر إلى الحاكم وطلبت أجرة، وطلب منها الحاكم إرضاعه وحضانته فإنها تعود على الأب بالأجرة وإن لم يستأجرها، وإن احتاجت أثناء فترة الرضاع إلى زيادة نفقة لزمت الأب، وكذلك إن طلبت توفير خدمة للطفل وأخذت أجرة الحضانة فيجيبها الأب لأن الخدمة ليست واجبة عليها، وإذا لم تطلب الأم أجرة على الحضانة أو الرضاعة فلا ترجع على الأب لعدم طلبها في البداية.
- أما الحنابلة فيرون أن الأم أحق الناس بحضانة طفلها ولو طلبت أجرة على ذلك فإنها تجب لها كالرضاع.
- وإن كان الحاضن غنياً وطلب أجرة على حضانته خلاف على قولين أما إذا كان الحاضن فقيراً فلا خلاف في أنها تجب له، وإذا أرضعت الأم طفلها وطلبت مزيداً من الأجرة فلها ذلك.
- إذا استأجر الأب مرضعة فهل تجب عليها الحضانة والرضاعة أم الرضاعة فقط. الأمر على قولان، وكذلك إذا استأجرها للحضانة وأطلق العقد قولان: أصوبهما الرجوع في ذلك إلى العادة والعرف، أما إذا استأجرها للرضاعة والحضانة وجب عليها الاثنان معاً.

الرأي الراجح:

- من خلال ما سبق يتضح لي رجحان المذهب الحنفي لدقة التفصيل إضافة إلى أنه الأقرب إلى الواقع من غيره من وجهة نظري والله تعالى أعلم .

أما عن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً: المطبق في قطاع غزة:

- أما المادة (388) تنص على أن " أجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير إن لم يكن له مال فإن كان له مال فلا يلزم أباه منها شيء إلا أن يتبرع[1]".
- والمادة (389) إنه: " إذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعي فلا أجر لها على الحضانة وإن كانت مطلقة بائناً أو متزوجة بمحرم للصغير أو معتدة له فلها الأجرة وإن أجبرت عليها... [1]" .

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10، ص63.

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية :

- فالمادة (159) تنص على أن: " أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق" [2].
- والمادة (160) تنص على أن: " لا تستحق الأم أجرة الحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي "[3].

أن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في غزة:

يميز بين أجرة الحضانة وبين أجرة الرضاعة والنفقة وأنها تجب في مال المحضون إن كان له مال ولا يلتزم الأب شيئاً إلا أن يتبرع، أما إذا كان المحضون فقيراً فالأجرة تكون في مال الأب، وهذا يكون في حالة الطلاق البائن وانقضاء العدة، أما إذا كانت الزوجية قائمة أو الأم معتدة من طلاق رجعي فلا أجرة لها وهذا ما نص عليه المذهب الحنفي.

أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية:

فقد ذكر أن الحاضنة إذا كانت أم الصغير ومتزوجة أو معتدة فلا تستحق الأجرة. أما إذا كانت مبتوتة منتهية العدة، أو كانت الحاضنة غير الأم فإن الأجرة تجب لها من الأب وهذا ما ورد في المادة (159) ضمناً ولكن الحنفية صرحوا بذلك من خلال عرض ما نص عليه المذهب، إذ من المعلوم أن القانون الأحوال يستمد نصوصه القانونية في الغالب من المذهب الحنفي وأن ما لا ذكر له يرجع فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي كما نص على ذلك المادة (183) .

---

(1) سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10 ، ص 63 .

(2) السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص589، التكروري: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص278.

(3) المراجع السابقة.

المطلب الثاني

تخيير الحاضنة بين الاحتضان أو عدمه

إذا وجدت الأم ومرضعة أخرى وطلبت الأم أن ترضع طفلها بلا مقابل، أو طلبت أجرة مثل أجرة المرضعة الأخرى، أو كانت مطلقة وأرادت أجرة ووجد من يحضن بلا مقابل، أو وجدت جدتان إحداهما تحضن بلا مقابل...إلخ ، من الصور المطروحة فهل تخير بلا مقابل؟ أم يثبت لها الحق في الحضانة مع الأجرة، أم يقدم عليها غيرها، أم تقدم هي على الغير كل ذلك سأتحدث عنه من خلال هذا المطلب .

أولاً : الحنفية :

قال الحنفية لو وجد الأب مرضعة للطفل وأرادت الأم أن ترضعه مجاناً فهي أولى به من غيرها لشفقتها عليه، وإذا أخذ الولد منها ففي ذلك ضرر لها وهذا منهي عنه بقوله تعالى: ﴿**لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا**﴾[1] وإن وجد من ترضعه بأجر وطلبت الأم نفس الأجر، فلها ذلك لأنها أشفق عليه ولبنها أوفق له من غيرها، وإن رفض الأب ذلك فإنه يكون قاصداً إلحاق الضرر بها لأنه قبل لغيرها نفس الأجر[2].

- إذا طلبت الأم أجرة على الرضاع وهي ما تزال منكوحة للأب فليس لها ذلك، وإن كانت الرضاعة غير مستحقة عليها حكماً، إلا أنها مستحقة عليها في الفتوى، وإذا أخذت أجرة ففي ذلك اجتماع أجرتين على الأب، أجرة النكاح وأجرة الرضاع وهذا من قبيل الرشوة، إضافة إلى أن الرضاع فيه منفعة لها فلا تأخذ أجراً على منفعتها، ولو استأجر الأم لإرضاع ولده من غيرها جاز لأن ذلك غير واجب عليها [3].
- إذا انقضت عدة المرأة وطلبت أجرة على الرضاع وقال الأب أنا أجد من ترضعه مجاناً أو بأجر أقل فله ذلك لقوله تعالى:﴿ **وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**﴾[4] فلا يلزم الأب الأجر للضرر الذي يلحق به بدليل قوله تعالى:﴿ **وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**﴾[5] فلا يضار

---

(1) سورة البقرة: جزء من الآية (233).

(2) انظر: الكاساني : بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص204، السرخسي: المبسوط، ج5، ص208-209.

(3) انظر : المراجع السابقة، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص233.

(4) سورة الطلاق: جزء من الآية (6).

(5) سورة البقرة: جزء من الآية (233).

الأب بدفع الزيادة على ما تطلبه المرضعة، وتقوم المرضعة بإرضاع الطفل عند أمه لئلا يلحقها ضرر[1] نتيجة بعده عنها.

- إذا طلبت الأم أجراً على حضانتها وقالت العمة أنا أربيه بغير أجر ولا أمنعه عن أمه وكانت متزوجة بمحرم وهي موسرة والأب معسر فهناك قولان :

  الأول : تخير الأم بين أن تحضنه مجاناً أو تربيه العمة .

  والثاني : العمة أولى به على الصحيح، وإن رفض الطفل أن يرضع من غيرها، أو لم يجد غير الأم ترضعه، أو كان الأب معسراً فحينئذ تجبر الأم على إرضاعه بلا خلاف[2].

- لو تبرعت الأم بالحضانة وطلبت الأجرة على الرضاع وقال الأب أمي أو أختي ترضعه ويبقى في بيتك فلها الحضانة، والرضاعة على الأم أو الأخت لأنها أولى[3].
- إذا ماتت أم الصغير وكان أبوه معسراً وله جدتان، فقالت جدته أم أمه أربيه بأجر وقالت جدته أم أبيه أربيه مجاناً، فإنه يدفع للمتبرعة أم أبيه[4].
- إذا توفى أب الصغير وتزوجت أمه وأرادت تربيته بلا نفقة مقدرة وتبرع الوصي ولم يوجد متبرع غيره للحضانة كالعمة أو الخالة فإنه يعطى للأم، وكذلك لو تزوجت الأم من أجنبي وأرادت تربيته مقابل نفقة وتبرع ابن عمه ولم توجد متبرعة أخرى غيرها فهو أولى به من أمه[5].

ثانياً : المالكية :

- ويرى المالكية بأنه إذا طلبت الأم الشريفة التي لا يرضع أمثالها وكانت في عصمة زوجها أو في طلاق رجعي أو بائن أجرة المثل أو أقل مقابل الرضاعة، ووجد متبرعة فالأم أولى بحضانته بالاتفاق، أما الأم التي تجبر على الرضاعة فقولان، أرجحهما أن

---

(1) انظر : السرخسي : المبسوط، ج5، ص208-209، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص204-205، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص233-234.

(2) انظر: الزيلعي ، وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46-47، ابن الهمام : شرح فتح القدير، ج4، ص368، السمرقندي: تحفة الفقهاء ، ج1، ص233، ابن نجيم : البحر الرائق، ج4، ص181، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص562، إبراهيم : أحكام الأحوال الشخصية ، ص387.

(3) انظر : ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص558.

(4) انظر : المرجع السابق.

(5) انظر : الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص558، ابن عابدين: : حاشية رد المحتار، ج3، ص558.

الأم أولى به، وتكون الأجرة من مال الصبي إن كان له مال وإلا فعلى الأب، وإن كانا معسرين فالأم ترضعه ولا تعود عليهما بالأجر إذا أيسرا، أما إذا كانت الأم لا يوجد لديها لبن أو كان لها ولكنه قليل لا يكفي حاجة الطفل، أو مريضة فلها الأجرة على ذلك، ولو قال الأب للأم عندي من ترضعه مجاناً ويبقى عندك قولان، وإذا لم يكن للطفل مال وكذلك الأب فيجب على الأم أن ترضعه مجاناً[1].

ثالثاً : الشافعية :

- وقال الشافعية أن الأم إذا طلبت أجرة المثل على حضانة الطفل أو أكثر ووجد الأب متبرعة فإن حق الأم يسقط في الحضانة[2].
- أما إذا كانت الأم لها لبن فهل يشترط من أجل استحقاق الحضانة أن ترضعه؟ هناك قولان:
  الأول : لا ترضعه ويحق لها الحضانة وكذلك إذا لم يكن لها لبن امتنعت عن إرضاعه، ويقوم الأب باستئجار مرضعة ترضعه عند أمه .
  والثاني : عليها أن ترضعه لعسر استئجار مرضعة تقبل ترك بيتها والسكن مع الأم لإرضاعه، وإن لم يكن للأم لبن فلا خلاف في استحقاق الحضانة[3].

رابعاً : الحنابلة :

- أما الحنابلة فيرون أن الأم تقدم على المتبرعة ولو بأجرة المثل لأنها أحق بحضانة الطفل من غيرها، ولو امتنعت لا تجبر[4].
- ولو طلبت الأم أجرة المثل على الرضاع فهي أحق بولدها من غيرها سواء أكانت منكوحة أو مطلقة، دنيئة أو شريفة، وليس للأب إجبارها على الرضاعة لقوله تعالى: ﴿**وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**﴾[5] [6].

---

(1) انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص243، الدردير: الشرح الصغير ، ج3، ص632، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص525-526، ابن رشد : مقدمات ، م2، ص262.

(2) انظر: الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص638، الشرقاوي، حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص105، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص219.

(3) انظر: الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص585، الرافعي: العزيز، ج10، ص90-91، الجمل: حاشية الجمل: ج4، ص520.

(4) انظر : البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576-577، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263.

(5) سورة الطلاق: جزء من الآية (6).

(6) انظر: الزحيلي: الفقه الحنبلي: ج3، ص309 -310.

الخلاصة :

- إن الحنفية يقولون أن الأب إذا وجد مرضعة وأرادت الأم أن ترضعه مجاناً فهي أولى بــه من غيرها ولا يمنعها الأب من أجل إلحاق الضرر بها وكذلك الحكم إذا أرادت أن ترضعه بأجرة المثل، أما إذا طلبت أجرة على الرضاع وهي في عصمة الزوج فليس لها ذلك.
- وإذا إنقضت عدتها وطلبت أجرة ووجد الأب من ترضعه مجاناً أو بأقل فله ذلــك لــدفع الضرر عنه.
- ولو طلبت أجرة ووجدت العمة تحضنه مجاناً، فالعمة أولى به على الصحيح، وإن كــان الأب معسراً ولم يجد من يرضع طفله، أو لم يقبل الطفل غير أمه فإنهــا تجبــر علــى إرضاعه بلا خلاف، ولو تبرعت الأم بالحضانة وطلبت أجرة الرضاع ووجد الأب مــن ترضعه مجاناً كجدته فهي أولى به، وإذا ماتت الأم وكان الأب معــسراً ولديــه جــدتان إحداهما متبرعة قدمت على غيرها.
- كذلك إذا تزوجت الأم وأرادت أن تربيه بلا نفقة محددة ولم توجد حاضنة له وتبرع الوصي بتربيته فالأم أولى به وكذلك الحكم إذا تزوجت من أجنبي ووجد ابن العم متبرعاً.
- أما المالكية فإنهم يفرقون بين الأم الشريفة والأم الدنيئة فالشريفة لها الأجرة إذا طلبتهــا مع وجود المتبرعة بالاتفاق، أما الدنيئة فقولان: أرجحهما أنها أولى به، وتؤخذ الأجــرة من مال الصبي إن كان له مال وإلا فمن الأب وإذا أيسرا فلا تعود عليهما بالأجرة.
- أما إذا كانت الأم لا تجد اللبن أو كان لها لبن ولكنه غير كافٍ للطفل، فلها الأجرة ولــو قال الأب عندي من ترضعه مجاناً ويبقى عندك قولان، وإن لم يكن للطفل مال وكــذلك الأب فيجب عليها أن ترضعه مجاناً.
- أما الشافعية فيرون أن الأم إذا طلبت أجرة الحضانة ووجد متبرعة فإن حضانتها تسقط، وإذا كانت الأم لها لبن فهل يشترط أن ترضعه من أجل استحقاق الحــضانة؟ قــولان. وإن لم يكن لها لبن فلا خلاف في أنها تستحق الحضانة.
- أما الحنابلة فيقولون أن الأم تقدم على المتبرعة ولو بأجرة المثل لأنها أحــق بــه مــن غيرها ولو طلبت أجرة المثل على الرضاع سواء أكانت منكوحة أم مطلقــة شــريفة أو دنيئة فلها ذلك وليس للأب أن يجبرها على الرضاع.

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً: المطبق في غزة:

- فالمادة (390) تنص على أنه: " إذا أبت أم الولد ذكراً كان أو أنثى حضانته مجاناً ولم يكن له مال وكان أبوه معسراً ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الأم على حضانته وتكون أجرتها ديناً على أبيه فإذا وجدت متبرعة أهل للحضانة من محارم الطفل فإن كان الأب موسراً ولا مال للصغير فالأم وإن طلبت أجرة أحق من المتبرعة وإن كان الأب معسراً وللصبي مال أو لا تخير الأم بين إمساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة فإن لم تختر إمساكه مجاناً ينزع منها ويسلم للمتبرعة ولا تمنعها من رؤيته وتعهده كما تقدم في مادة 370وكذلك الحكم إن كان الأب موسراً وللصبي مال فإن كانت المتبرعة أجنبية فلا يدفع إليها الصبي بل يسلم لأمه لأجرة المثل ولو من مال الصغير[1]"
- أما المادة (370) فإنها تنص على أن: " الأم أحق بإرضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الأجنبية ما لم تطلب أجرة أكثر منها ففي هذه الحالة لا يضار الأب وإن رضيت الأجنبية بإرضاعه مجاناً أو بدون أجرة المثل والأم تطلب أجرة المثل فالأجنبية أحق فيها بالإرضاع وترضعه عندها وللأم أخذ أجر المثل على الحضانة ما لم تكن المتبرعة محرماً للصغير وتتبرع بحضانته من غير أن تمنع الأم عنه والأب معسر فتخيير الأم بين إمساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة كما هو موضح في المادة (390) [2]".

ثانياً : قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية:

- لم أعثر في حدود ما اطلعت عليه على مادة في قانون الأحوال تنص على تخيير الحاضنة.

الخلاصة :

- إن قانون الأحوال المطبق في غزة يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية لأنه يستمد تشريعاته ونصوص مواده في الغالب منه.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص63.

(2) المرجع السابق، ج10، ص59.

المطلب الثالث

وقت استحقاق الأجرة

"الأصل أن أجر الحضانة لا يستحق إلا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء القاضي به، لأنه أجر كسائر الأجور لا يستحق إلا بالاتفاق أو القضاء، فإذا أقدمت الحاضنة على الحضانة قبل الاتفاق أو القضاء فإنها تكون متبرعة بذلك، فلا تستحق أجر حضانة، وقد استثنيت الأم من هذا الأصل، فإنها تستحق أجر الحضانة من التاريخ الفعلي للحضانة دون اتفاق أو قضاء قياساً على استحقاقها أجر الإرضاع من تاريخ الإرضاع الفعلي لوجود شبه كبير بين الإرضاع والحضانة[1]"

أولاً : المذهب الحنفي :

يرى الحنفية أن الأم تستحق أجرة على حضانتها بمجرد انتقال الحضانة إليها فمن المعلوم أن الأم بحاجة إلى نفقة وهذه النفقة تبدأ من وقت استحقاق الحضانة وفي طلب الأم أجرة للرضاع يدل على أنها تستحق الأجرة بالطلب، وإذا لم تطلبها معنى ذلك أنها لا تستحقها إذا كانت في عصمة الزوج أو في طلاق رجعي أو مبانة لم تنقض عدتها في أحد القولين، ويعود ذلك إلى أنها تستحق أجرة أخرى وهي أجرة النكاح، وأجرة النكاح تثبت للمرأة بالزواج والاحتباس داخل البيت فيمكن أن تقاس أجرة الحضانة على أجرة الرضاع كما ذكر التكروري: " ويقيس فقهاء الحنفية هذه المسألة على أجرة الرضاع"[2].

- إذا انتقلت الحضانة من الأم إلى غيرها من الحواضن فتجب لها أجرة الحضانة مطلقاً ما لم تكن متبرعة بها، وإذا فقد الأب فالأم أحق بتربيته من غير أجرة فلا تطلبها من مال الصغير أو غيره[3].
- ففي هذا دلالة واضحة على أن وقت الأجرة يبدأ بمجرد ثبوتها للحاضن ، وكذلك يبدأ وقتها بالطلب بدليل أنه لو فقد الأب لا تطلب الأم الأجرة من مال الصغير أو غيره.
- إذا كان الأب معسراً ثم أيسر فهل ترجع الأم الحاضنة أو العم والعمة على الأب بالأجرة؟ الأم ترجع، أما العم ففيه قولان[4].

---

(1) البكري: موسوعة الفقه والقضاء، ص669.

(2) التكروري : شرح قانون الأحوال، ص279.

(3) انظر : ابن نجيم : البحر الرائق ، ج4، ص181، إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية ، ص387.

(4) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص558.

- وهذا يدل على أن وقت استحقاق الأجرة يكون حالة اليسر بدليل رجوع الأم والعم والعمة في أحد القولين على الأب إذا أيسر بعد عسر.

ثانياً : المذهب المالكي :

- أما المالكية فقد اختلفوا في ثبوت الأجرة للأم الموسرة على قولين، والمشهور عندهم أنها لا تأخذ الأجرة، بخلاف الأم المعسرة فإنها تأخذ الأجرة لكن ليس مقابل حضانتها وإنما لحالة الإعسار، وغير الأم تجب لها النفقة في المشهور إذا تعلقت بها مصالح الصغير[1].
- أما نفقة المحضون وكسوته فتكون واجبة على الأب ويقدرها الحاكم حسب حال الأب، ويدفعها للحاضنة كل يوم أو أسبوع أو شهر حسب عادة البلد[2].
- فالمالكية يرون أن الأم المعسرة تستحق الأجرة، ووقتها يبدأ عند وجوب الحضانة لها، وكذلك يبدأ وقت الاستحقاق في حالة رفع الدعوى، إذ من المعلوم أن الحاكم لا يقدر الأجرة إلا في حالة رفع الدعوى من صاحب الحق وإصدار الحكم.
- إذا أرادت الأم الانتقال بالصبي عن موضع سكن الأب أقل من مسافة القصر فاشترط عليها الأب أن تتحمل نفقته سنين معلومة وماتت فهل يلتزم الورثة الانفاق عليه من تركتها؟ الأمر قولان: أصحهما عدم الالتزام بالانفاق كما لو مات الصبي، أو صالحها الأب على أن تسقط نفقة الحمل والرضاع فأسقطت فلا يجب عليه شيء من ذلك[3].
- وهذا فيه دليل على أن النفقة تكون واجبة على الأب للأم إذ تستحق الحاضنة الأجرة بمجرد الشروع في الحضانة .

ثالثاً : المذهب الشافعي :

- الشافعية لو طلبت الأم أجراً على الرضاع فتجب لها بدليل قوله تعالى:﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾[4] وإذا قال لها الحاكم أرضعيه واحضنيه فإنها ترجع على الأب بالنفقة وإن لم يستأجرها، وإن احتاجت في أثناء حضانتها إلى خدمة يجب على الأب أن

---

(1) انظر: الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص263، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص650-651.

(2) انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص533، الإحسائي : تبيين المسالك، ج3، ص263، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص255، الدردير : الشرح الصغير ، ج3، ص648، ابن رشد: مقدمات ، م2، ص262.

(3) انظر : ابن عبد البر: الكافي، ص297.

(4) سورة الطلاق: جزء من الآية (6).

يوفر لها ذلك، لأن الأم لا تلتزم خدمته وإن وجب لها أجرة الحضانة، وإن لم تطلب أجرة على الحضانة أو الرضاع فلا ترجع على الأب لعدم التزامها[1].

- وهذا فيه دلالة على أن وقت الأجرة يبدأ عند طلبها فلو طلبت الأم أجرة الرضاع فلها ذلك وكذلك أجرة الحضانة، وإن لم تطلب فلا ترجع على الأب بالأجرة لعدم الطلب ، ويبدأ أيضاً وقت الاستحقاق عند رفع الدعوى إلى الحاكم.

رابعاً: المذهب الحنبلي:

- اتفق الحنابلة على أن الأم أحق الناس بحضانة طفلها، فلو طلبت أجرة مقابل حضانتها له، وجبت لها كالرضاع، واختلفوا إذا كان الحاضن غنياً هل تجب له الأجرة عند الطلب على قولين، أما الفقير فتجب له الأجرة سواء أكانت الحضانة حق له أم حق عليه، وإذا طلبت الأم مزيداً من الأجرة على الرضاع فلها ذلك[2].
- إن وقت استحقاق الأجرة يكون عند الطلب بدليل أن الأم لو طلبت أجرة مقابل حضانتها فلها ذلك، ولو طلبت وكانت موسرة خلاف، ولو كانت معسرة فلها، ولو طلبت زيادة أجرة على الرضاع فلها، وهذا فيه دلالة واضحة على أن الوقت يبدأ من تاريخ الطلب.

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً : قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة:

- فالمادة (389) تنص على إنه: " إذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعي فلا أجر لها على الحضانة وإن كانت مطلقة بائناً أو متزوجة بمحرم للصغير أو معتدة له فلها الأجرة .. وغير الأم من الحاضنات لها الأجرة[3]".

---

(1) انظر: بجيرمي: بجيرمي علي الخطيب، ج4، ص104، الخطيب : الإقناع ، ج2، ص148، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي ، ج2، ص351، ، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص637-638، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج ، ج7، ص214، الجمل: حاشية الجمل ، ج4، ص516، الخن وآخرون: الفقه المنهجي، م2، ص193.

(2) انظر : ابن قدامة : المغني، ج9، ص133، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص416، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص386، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص236، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص309.

(3) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10، ص63.

- والمادة (390) تنص على: ".. فإذا وجدت متبرعة أهل للحضانة من محارم الطفل فـــإن كان الأب موسراً ولا مال للصغير فالأم وإن طلبت أجرة أحق من المتبرعة الأجنبية إن كان الأب موسراً وللصبي مال فإن كانت المتبرعة أجنبية فلا يدفع إليها الصبي بل يسلم لأمه لأجره المثل ولو من مال الصغير[1]".

أما عن قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية:

- فذكر أنه لم يبين القانون وقت استحقاق الأجرة إلا أن محكمـــة الاســـتئناف قـــررت أن الاستحقاق يكون من تاريخ الحكم لا من تاريخ الطلب للحضانة[2].

الخلاصة :

- نلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في غزة يتفق مع المذاهب الفقهية في أن وقت استحقاق الأجرة يكون عند انتقال الحضانة إلى الحاضنة، وعند طلبهـــا وإن لم يصرح بذلك إلا أنه أشار إليه ضمناً.
- أما المطبق في الضفة فإن الحاضنة تستحق الأجرة من تاريخ الحكم.

---

(1) سيسالم وآخرون : مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10 ، ص 63 .

(2) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص279.

المطلب الرابع
أجرة ومسكن الحضانة

تحدث الفقهاء عن أجرة ومسكن الحضانة بما يلي :

أولاً : المختار عند الحنفية:

أن أجرة ومسكن الحضانة تجب على الأب وكذلك إن احتاج الصغير إلى خادم، وإن كان عدد الأولاد أكثر من واحد، واحتاجوا إلى أكثر من خادم، فيلزمه لأنه من جملة كفايتهم هذا إذا كان الأب موسراً أو متوسط الحال، أما إذا كان الأب معسراً فلا يجب عليه، وذهب البعض إلى القول بعدم وجوب أجرة للسكن لأن وجوب الأجرة للحضانة لا يقتضي وجوب السكن كذلك، وذهب آخرون إلى أن الأجرة تجب إن كان للصبي مال وإلا فإنها تكون واجبة على من تلزمه نفقته[1].

هذا ويمكن حمل هذه الأقوال على وجود سكن للحاضن أو عدمه، فإذا لم يوجد سكن للحاضن فتجب أجرة للسكن، أما إن وجد للحاضن سكن فلا يجب له أجرة[2].

وذهب المالكية إلى القول بأنه إذا استأجرت الحاضنة سكناً لها وللمحضون، فإنها تعطي النفقة عن المحضون وتقدر بالاجتهاد من الحاكم، وكذلك أجرة الخادم، والمشهور وهو مذهب المدونة أن أجرة السكن كلها على الأب، وابن سحنون على الحاضن وأب المحضون باجتهاد الحاكم بأن يجعل نصفها على الأب والنصف الآخر على الحاضن، أو ثلثها على أب المحضون والثلثان على الحاضن أو العكس، وقيل أنها تقسم على عدد الأفراد الذين يسكنون المنزل ومن بينهم المحضون وقيل إنها على الموسر من الأب والأم، وقيل لا شيء على الأم[3].

---

(1) انظر : ابن عابدين: حاشية رد المحتار ، ج3، ص562، الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص562، السرخسي: المبسوط ، ج5، ص210، ابن نجيم: البحر الرائق، ص180، 183، ابراهيم : أحكام الأحوال الشخصية ، ص387.

(2) انظر: ابن عابدين : حاشية رد المحتار، ج3، ص562.

(3) إنظر: الإحسائي : تبيين المسالك، ج3، ص263، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص533- 534، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص255، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص649 – 650، ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص249.

وأصل الخلاف في السكن وأجر الحضانة يرجع إلى كون الحضانة حق للحاضن أم حق للمحضون، فمن رأى أنها حق للحاضن لم يجعل له أجرة ولا سكن لأنه لا يتصور أن تكون من حقه ويأخذ أجرة على ذلك الحق، ومن رأى أنها حق للمحضون أوجب له الأجرة على السكن[1].

ثانياً : المختار عند الشافعية :

أما الشافعية فقد اختلفوا في أجرة الحضانة على قولين :

الأول : أنها على الأب .

الثاني : أنها تجب في مال الصغير فإن كان فقيراً فعلى الأب، لأن الحضانة من أسباب الكفاية كالنفقة فتكون الأجرة على من تجب عليه النفقة، فلو طلبت الأم أجرة فلها ذلك وإن وجدت متبرعة[2].

- الأم لا تجب عليها نفقة المحضون، فإذا فقد الأب أو كان معسراً فالأم تجبر على حضانته لأنها تقوم مقام الأب لأنها أصل، وكل أصل تلزمه النفقة[3].
- قال الحنابلة أن الحضانة واجبة لحفظ الصغير وإنجائه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، إذ لو ترك لهلك وضاع، ولو كان بأجرة المثل مع وجود متبرعة كالرضاع سواء أكانت الأم في حال قيام الزوجية أو في حال الطلاق[4].

الخلاصة :

- ذهب الحنفية وكذلك المالكية في المشهور عندهم إلى وجوب أجرة السكن للحاضنة على الأب، وإن قيد الحنفية ذلك بعدم وجود سكن للحاضنة، أما الشافعية والحنابلة فلم يصرحوا بأجرة المسكن ولعل ذلك يرجع إلى النفقة، لأنها شاملة للطعام والشراب

(1) انظر: ابن رشد: مقدمات ، م2، ص262.

(2) انظر: الجمل : حاشية الجمل، ج4، ص516، الخطيب: الإقناع، ج2، ص148، الرافعي: العزيز"، ج10، ص87، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي ، ج2، ص351،الأنصاري الغرر البهية، ج8، ص583، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص637، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص283، الغزالي: الوسيط، م6، ص238.

(3) انظر : الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج ، ج7، ص219.

(4) انظر : المرداوي: الإنصاف، ج9، ص416، ابن قدامة: المغني، ج9، ص133، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص230، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ، م3، ص263، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص386، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص576، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص303 ، 309.

والمسكن وكل شيء، ويؤيد ذلك تأكيدهم على أهمية الحضانة لحفظ وصيانة الطفل من الهلاك والضياع ويتحقق ذلك بكافة الوسائل ومنها الإنفاق.

الرأي الراجح :

- ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في المشهور وهو أن أجرة المسكن تجب على الأب لأنه أكثر واقعية ولاسيما إذا لم يكن للحاضن سكن وإلا فإنه سيتضرر كل من الحاضن بسبب التكلفة التي سيتحملها نتيجة ذلك، والمحضون نتيجة تأثر الحاضن بالأجرة والله تعالى أعلم.

قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

- أما المادة (389) من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني المطبق في غزة فإنها تنص على:"... وإن لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكناهما جميعاً إن احتاج المحضون إلى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به...." [1].
- أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية فالمادة (159) تنص على أن: "أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق[2]" .

الخلاصة :

- أن قانون الأحوال المطبق في غزة يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في المشهور عندهم.
- أما قانون الأحوال المطبق في الضفة وإن لم ينص صراحة على أجرة سكن الحاضنة إلا أنه أشار إلى ذلك ضمناً فمن المعلوم أن الأجرة تشمل الطعام والشراب وكذلك السكن هذا إذا كان الحاضن ليس لديه سكن أما إن وجد السكن فيمكن أن يجري في ذلك الخلاف كما صرح بذلك الحنفية ولاسيما أن قانون الأحوال يستمد نصوصه في الغالب من المذهب.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10، ص63.

(2) التكروري : شرح قانون الأحوال، ص278.

المبحث الثاني
مكان الحضـــانة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : انتقال الحاضن بالمحضون

المطلب الثاني : رؤية المحضون

المطلب الأول

انتقال الحاضن بالمحضون

المراد بقولنا انتقال الحاضن بالمحضون، هو انتقاله سفر نقله، أي (إقامة) لا سفر حـــج أو تجارة...إلخ ، ولكني سأتحدث في هذا المطلب عن كلا الأمرين سفر النقلة ثم السفر لحاجـــة عند كل مذهب على حدة .

أولاً : المذهب الحنفي :

أ) سفر النقلة :

- إذا كانت الزوجية قائمة بين الزوجين وأرادت الزوجة الانتقال بنفسها أو ولدها فللـــزوج منعها من ذلك، لأن الإقامة تكون في بيت الزوجية، كذلك إذا كانت الزوجـــة معتـــدة لا يجوز لها الخروج بغير إذنه ، ولا يحق لزوجها إخراجها لقوله تعالى :﴿ **لا تُخْرِجُــوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إلا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**﴾[1] [2].
- وإذا خرج الأب بالأولاد ثم طلق الأم وخاصمته بالأولاد، فإذا خرج بإذنهـــا فلـــيس لـــه العود وإحضارهم وإنما يقال لها اذهبي فخذيهم، أما إن خرج بهم بدون إذنها فعليـــه أن يحضرهم لها[3].
- أما إذا كانت الزوجة مبتوتة وقد انقضت عدتها، فعلى أقسام:
- إذا أرادت أن تخرج بالولد إلى وطنها وهو البلد الذي وقع فيه عقد النكاح فلها ذلك سواء أكان بلدها مصراً أو قرية وليس للأب منعها كالكوفة من الشام، إلا إذا كانت البلـــد دار حرب وهو مسلم أو ذمي، فتمنع للضرر الذي يلحق الولد نتيجة تخلقه بـــأخلاق الكفـــرة، والدليل على أنه يمنعها حديث الرسول (ﷺ): " من تأهل في بلدة فهو من أهلهـــا يـــصلي صلاة المقيم، وإني تأهلت منذ قدمت مكة "[4] .

(1) سورة الطلاق: آية (1).

(2) انظر : ابن عابدين حاشية رد المحتار، ج3، ص569، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبـــد الموجود، ج5، ص217 ، ابن الهمام : شرح فتح القدير، ج4، ص375، السمرقندي : تحفه الفقهاء، ج1، ص231.

(3) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص375، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص187.

(4) أحمد: مسند، ج1، ص62 عن عثمان بن عفان بلفظ ﴿ وإني تأهلت بمكة منذ قدمت وإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من تأهل في بلد فليصل صلاة المقيم﴾ .

- أما إذا كان كلٌ من الأبوين ذمياً فيجوز لها ذلك لمنع ضرر التفريق بين الأب والمحضون، وتمنع إذا كانت الأم حربية لأنها تصير ذمية في دار الإسلام وقيل إذا كان الأب حربياً، وأجيب بأن الحربي يمكن أن يخرج من البلد ويعود حربياً فحملت الرواية على كون الأم حربية فتمنع من السفر بالصغير[1].
- إذا أرادت أن تسافر إلى بلدها ولكن هذا البلد لم يقع فيه عقد النكاح فليس لها ذلك، وللأب أن يمنعها، إلا إذا كان المصر قريباً بحيث يتمكن الأب من مشاهدة الولد والعودة إلى بلده قبل حلول الليل[2].
- أما إن أرادت السفر إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع فيه عقد النكاح فخلاف على قولين:

القول الأول : ليس لها ذلك .

القول الثاني : أن لها ذلك لأنه متى ما وقع العقد في مكان فإنه يوجب أحكامه فيه[3] مثل "من باع شعيراً والشعير في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد، وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء تسلمه في مكانه وإن شاء فسخ، ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتباراً بالأحكام من وجوب التسليم والتسلم"[4]. ورد أصحاب القول الأول أنه ليس لها ذلك "لأن ذلك البلد الذي وقع في النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج، بل هو دار غربة لها كالبلد الذي وقع فيه الزوج، فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه، فلم يكن راضياً بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه، فلم يكن راضياً بضرر التفريق، فاعتبر في الأصل شرطين: أحدهما: أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها. والثاني: وقوع النكاح فيه، فما لم يوجد إلا يثبت لها ولاية النقل" [5].

---

(1) انظر: المرغيناني: الهداية، ج1، ص39، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص375، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص186، الزيلعي وابن نجيم: تبين الحقائق، ج3، ص50، الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص217.

(2) انظر : السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص232، المرغنياني: الهداية، ج1، ص39، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص375، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص186، الزيلعي وابن نجيم: تبين الحقائق، ج3، ص50، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص217.

(3) انظر: المراجع السابقة.

(4) ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص377.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، ص218، تحقيق معوض وعبد الموجود.

- أما إذا كان البلد الذي تريد الانتقال إليه ليس ببلدها ولم يقع فيه عقد النكاح فليس لها ذلك بدون إذن الأب، إلا إذا كان قريباً بحيث يمكن أن يراه الأب ويعود إلى وطنه قبل حلول الليل، إذ لا يلحق الأب ضرر النقل فكأنه انتقل إلى أطراف البلد[1].
- وفي انتقال الأم بالصغير من قرية إلى أخرى فإنها تأخذ نفس الأحكام التي ذكرت في المصر إلا في حالة واحدة إذا أرادت الانتقال من مصر قريب إلى قرية فإن كان بإمكان الأب النظر إليه والعود قبل الليل فلها ذلك لأنه قبل بغربة الولد، وإن رفض الأب فليس لها ذلك وإن كانت قريبة لأن أخلاق أهل السواد (القرية) فيهما جفاء فيتخلق الولد بأخلاقهم فيتضرر من ذلك، أما إذا كان العكس بأن انتقلت الأم من القرية إلى مصر قريب فلا بأس لتخلق الولد بأخلاق أهل المصر وليس في ذلك ضرر للأب[2].
- أما إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة مثلاً، أو أم ولد أعتقت فليس لها الانتقال إلى أي بلد إلا بإذن الأب لعدم وجود العقد بينهما، بخلاف الأم فإن العقد عليها في وطنها دليل الرضا على إقامتها بالولد[3].
- إذا أرادت الأم أن تنتقل بالطفل اليتيم إلى بلدة أخرى وأراد الجد منعها فليس له ذلك لأن المنع مقيد بالأب والأم المطلقة فقط[4].

ب) السفر لحاجة :

في حدود ما اطلعت عليه من مراجع للمذهب الحنفي لم أقف على مسألة تتحدث عن السفر لحاجة .

---

(1) انظر : ابن نجيم البحر الرائق، ج4، ص186، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص50، الكاساني : بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص219.

(2) انظر ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص187، ابن عابدين: حاشية رد المحتار ، ج3، ص570، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص377، المرغيناني: الهداية، ج1، ص39، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق ، ج3، ص50، الكاساني : بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص218-219، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص232-233.

(3) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص375.

(4) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار ، ج3، ص569.

ثانياً: المالكية:

أ) سفر النقلة :

- أما المالكية فقالوا: إذا سافرت الحاضنة سفر نقله إلى بلد مأمون والطريق مأمونة لمسافة ستة بردٍ أو أكثر على المشهور، فلولي الطفل الأب أو غيره نزع الطفل من الحاضنة الأم أو غيرها وتسقط حضانتها له، إلا إذا ارتحلت مع المحضون فلا تمنع من ذلك، وإذا كانت المسافة أقل من ستة برد، فلا يسقط حقها في الحضانة وليس للولي أن ينتزع الطفل منها(1).
- وإذا أرادت الأم أن تنتقل بالمحضون عن المكان الذي فيه الأب وأولياؤه، فليس لها ذلك إلا إذا كانت المسافة قريبة نحو برد فأكثر قليلاً لأنه يمكن للأب والأولياء معرفة خبرهم(2).
- وإذا أراد الولي السفر بالمحضون سفر نقله إلى بلد مأمون والطريق إليه مأمونة لمسافة ستة برد أو أكثر، فللولي أخذ الولد والسفر به، وتخير الأم بين السفر مع ولدها أو عدمه(3).
- وإن كان الولي يسافر ويعود، فليس له أن يأخذ الولد لأنه لا يعد نقلاً(4).
- إذا أراد الحاضن، أو الحاضنة سفر نقلة لمسافة تقل عن ستة برد فلا تسقط حضانته إلا إذا كان الطريق أو المكان المراد الانتقال إليه غير مأمون، فإن الحضانة تسقط خوفاً على مصلحة المحضون وحفاظاً عليه(5).

---

(1) انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص550، الإحسائي : تبيين المسالك، ج3، ص261، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص644، ابن عبد البر: الكافي، ص297، الدسوقي : حاشية الدسوقي، ج2، ص527، ابن جزي: قوانين الأحكام، ص248 .

(2) انظر: الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص261، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص551، ابن عبد البر: الكافي، ص297.

(3) انظر: الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص645، الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص261، الخرشي : حاشية الخرشي، ج5، ص551، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص532، ابن عبد البر: الكافي، ص297، ابن جزي: قوانين الأحكام ، ص248.

(4) انظر: الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص261.

(5) انظر: الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص261 – 262، الدسوقي: حاشية الدسوقي: ج2، ص532، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص550.

ب) السفر لحاجة :

أما إذا اراد الحاضن السفر في مدة الحضانة سفر تجارة أو نزهة فلا تسقط حضانته بسفره ، فإذا كانت الأم هي الحاضنة فلها أن تأخذ المحضون منها ، وإن كان الولي هو المسافر فلا يأخذ المحضون منها[1] .

ثالثاً: الشافعية:

أ) سفر النقلة :

- ذهب الشافعية في الرأي الراجح إلى القول بأنه إذا أراد أحد الأبوين سفر نقلة مسافة القصر فله ذلك خلاف للبعض الذي يرى أنه يبقى مع الأم، والبعض الآخر يبقى مع الأب وله انتزاعه من الأم سواء أكانت الأم هي المنتقلة إلى بلد آخر أو كان الأب احتياطاً للنسب وتحقيقاً لمصلحة الصغير من تعليم وصيانة وسهولة إنفاق، إضافة إلى أن طول المفارقة بينه وبين الولد قد تؤدي إلى جفاء النسب، وخفائه، فيلحق الضرر بالولد، ولو رافقته الأم في السفر فإن حضانتها تستمر وكذلك إن عاد الأب بالولد من سفر النقلة، أو كان البلد المراد الانتقال إليه دار حرب فإن الولد يبقى مع المقيم، وقيل لو كان الوقت شدة حر أو برد، أو سفر بالبحر يبقى مع المقيم خوفاً على الصغير، وإذا كان البلد يخُشى أن يوجد فيه الطاعون فلا يعد مانعاً وإن وجدت قرائنه، بخلاف ما لو تيقن من وجوده لحرمة السفر إلى بلد فيه الطاعون إلا إذا كانت الحاجة ماسة[2].
- إذا أراد الحاضن أن ينتقل بالمحضون لأقل من مسافة القصر قولان:
- أصحهما أنه كمسافة القصر، لانقطاع مصلحة التعليم والتأديب[3].

---

(1) انظر : الدردير : الشرح الصغير ، ج3 ، ص 644 ، الخرشي : حاشية الخرشي ، ج5 ، ص 249 ، ابن عبد البر : الكافي ، ص 297 .

(2) انظر: الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص459، الرافعي: العزيز، ج10، ص98، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص289، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص656، الخطيب: الإقناع: ج2، ص150، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، الشيرازي: المهذب، ج2، ص173، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص523، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج ، ج7، القفال: حلية العلماء، تحقيق درادكة، ج7، ص444.

(3) انظر: الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص656، الحصني كفاية الأخيار، ج2، ص289، الرافعي: العزيز، ج10، ص98-99، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص459.

- إذا اختلفا في المراد بالسفر فقالت إنما تريد سفر التجارة، وقال الأب : بل تريد سفر نقله، فالأب هو المصدق إن حلف على الأصح، وقال (القفال) يصدق الأب بلا يمين، ولو نكل تحلف الأم وتمسك الولد[1].
- يستوي سائر العصبات مع الأب كالجد والعم في سفر النقلة، فيقدمون على الأم احتياطاً للنسب، وكذلك ابن العم إذا كان الولد ذكراً، أما إذا كانت أنثى فلا تسلم مشتهاة إليه حذراً من الخلوة المحرمة إلا إذا كانت ابنته معه لانتفاء المحذور[2].
- أما المحرم الذي لا عصوبة له فليس له الانتقال بالولد إلى بلد آخر لأنه لا حق له في النسب[3].

ب) سفر الحاجة :

- يرى الشافعية بأنه إذا أراد أحد الأبوين السفر لتجارة أو حج فالمقيم أحق بحضانة الولد مميزاً أو غير مميز ، سواء أطال السفر أم قصر ، لما في السفر من خطر وتغرير وضرر بالمحضون ، وإذا كانت الأم هي المقيمة ، وكان في مقامه عندها مفسدة ، أو ضياع مصلحة له بأن كان الأب يعلمه القرآن ، أو حرفة ولم يكن موجوداً في البلد أحد يقوم بذلك ، فالأب أولى به كما قال الزركشي ولا سيما إذا اختار الولد أباه ، وقيل إذا كان السفر طويلاً فالأب أولى به[4] .
- فإن أراده كل من الوالدين ، واختلفا في المقصد والطريق ، فالأم أولى به وإن كان سفرها أطول ومقصدها أبعد[5] .
- قال الشيرازي : " وإن افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد فإن كان السفر مخوفاً أو البلد الذي يسافر إليه مخوفاً فالمقيم أحق به فإن كان مميزاً لم يخير بينهما لأن في السفر تغريراً بالولد وإن كان السفر مسافر لا تقصر فيها الصلاة كانا

---

(1) انظر الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص459 ، الرافعي: العزيز، ج10، ص99، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص289، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص656، الشيرازي: المهذب ، ج2، ص173.

(2) انظر : الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص112، الشرواني والعبادي:حواشي الشرواني، ج10، ص657، الحصني: كفاية الأخيار ، ج2، ص290، الرافعي: العزيز، ج10، ص99، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص459.

(3) انظر: المراجع السابقة ، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص223.

(4) انظر : المراجع السابقة .

(5) انظر : الشرواني والعبادي : حواشي الشرواني ، ج10 ، ص 655-656 .

كالمقيم في حضانة الصغيرة ويخير المميز بينهما لأنهما يستويان في انتقاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح مضار كالمقيمين في محلين في بلد واحد "[1] .

رابعاً: الحنابلة:

أ) سفر النقلة :

- وذهب الحنابلة إلى أنه إذا أراد أحد الأبوين الانتقال بالولد من بلده إلى بلد آخر، وكان هذا البلد آمناً وكذلك الطريق وكانت المسافة مسافة القصر، بحيث لا يتمكن من العودة لبلده في يومه، فالأب أولى بالطفل- على المشهور سواء أكان هو المنتقل أو المقيم-، يقوم بتأديبه وتخريجه وحفظ نسبه، فإذا انتقل بعيداً عنه ضاع الولد، فأشبه ما لو كان في قرية، وقيل الأم أحق به لأنها أشفق عليه، فأشبه ما لو لم يسافر واحد منهما، وقيل يكون الحق للمقيم منهما.
- وإذا كانت المسافة دون مسافة القصر فيأخذ حكم الإقامة وتبقى الحضانة لصاحبها[2]
- إذا انتقت الأم إلى البلد التي انتقل إليها الأب فتبقى حضانتها له، وكذلك إن عاد الأب من سفر النقلة، فإن الحضانة تعود إلى الأم[3].
- إذا أراد المنتقل الإضرار بالآخر وانتزاع الطفل منه، فإن الحضانة تبقى للمقيم عملاً لمصلحة الطفل[4].
- إن اختلفا بأن قالت الأم سفر لحاجة، وقال الأب للإقامة، فالقول قوله مع يمينه لأنه أدرى بمقصوده[5].
- والعصبات من الرجال يقومون مقام الأب، وكذلك غير الأم من النساء الحاضنات تقمن مقامها[6].

---

(1) الشيرازي : المهذب ، ج2 ، ص 173 .

(2) انظر: ابن قدامة: المغني، ج9، ص141، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص236، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص427، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص581.

(3) انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص582، المغني : ابن قدامة ، ج9، ص142، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص237، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265.

(4) انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص581، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص236، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص427.

(5) انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص582.

(6) انظر: ابن مفلح: المبدع، ج8، ص237، ابن قدامة: المغني، ج9، ص142.

ب) سفر الحاجة :

إذا أراد أحد الأبوين السفر قريباً أو بعيداً لحاجة ، ثم يعود فالمقيم أولى بالمحضون وهو الصحيح من المذهب ، لضرر السفر ، وقيل الأم أولى به[1] .

الخلاصة :

نلاحظ من خلال ما سبق أن الحنفية لم يميزوا بين سفر الحاجة وسفر النقلة بل تحدثوا عن السفر بشكل عام في حين أن المذاهب الأخرى فرقت بين سفر الحاجة وسفر النقلة وجعلوا لكل واحد منهما تفاصيل خاصة به .

الرأي الراجح :

ما ذهب إليه الحنفية في سفر النقلة لما فيه من تفصيل دقيق يتم فيه مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى ثم والديه ، وما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في سفر الحاجة حيث يبقون المحضون مع المقيم في السفر المؤقت صيانة له من ضرر السفر .

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني

أولاً: المطبق في قطاع غزة :

فالمادة (393) والمادة (394) تنصان على ما يلي:

أولاً: المادة (393) " ليس للأم المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له من بلد أبيه قبل انقضاء العدة مطلقاً ولا يجوز لها بعد انقضائها أن تسافر به من غير إذن أبيه من مصر إلى مصر بينهما تفاوت ولا من قرية إلى مصر كذلك ولا من قرية إلى قرية بعيدة إلا إذا كان ما تنتقل إليه وطناً لها وقد عقد عليها فيه فإن كان كذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه ولو كان بعيداً عن محل إقامته فإن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها فليس لها أن تسافر إليه الولد بغير إذن أبيه إلا إذا كان قريباً من محل إقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع إلى منزله قبل الليل وأما الانتقال بالولد من مصر إلى قرية فلا تمكن منه الأم بغير إذن الزوج ولو كانت القرية قريبة ما لم تكن وطنها وقد عقد عليها ثمة".

---

(1) انظر: ابن مفلح : المبدع ، ج8 ، ص 237 ، ابن قدامة : المغني ، ج9 ، ص 142 ، المرداوي : الإنصاف ، ج9 ، ص 428 ، البهوتي : شرح منتهى الإرادات ، م3، ص 265، البهوتي : كشاف القناع، ج5 ، ص 852 ، الزحيلي : الفقه الحنبلي ، ج3 ، ص 306 .

ثانياً : المادة (394) تنص على ما يلي: "غير الأم من الحاضنات لا تقدر بأي حـــال أن تنقـــل الولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه".

ثانياً: المطبق في الضفة الغربية:

فالمادة (164) تنص على أنه: " لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معـــه، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير، ويسلم للطرف الآخر"[1].

والمادة (166) تنص على أنه: " لا يسمح للحاضنة أن تـــسافر بالمحـــضون خـــارج المملكة إلا بموافقة الولي، ولو بعد التحقق من تأمين مصلحته"[2].

الخلاصة :

- أن قانون الأحوال يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية في سفر النقلة ، أما سفر الحاجـــة فلـــم يتعرض إليه قانون الأحوال ولعل ذلك يرجع إلى استناده إلى المذهب الحنفي في الغالب وكان الأولى الأخذ بآراء المذاهب الأخرى ، لتحقيق الهدف من الحضانة وهـــو حفـــظ وصيانة الصغير من الهلاك والضياع .

---

1 - الأشقر : الواضح في شرح قانون الأحوال، ص301.

2 - المرجع السابق، ص302.

المطلب الثاني

رؤية المحضون

- إذا انتقل الطفل إلى حضانة الأم أو العكس فهل يحق للطرف الآخر رؤية المحضون في هذه الفترة؟.
- قال الحنفية إنه إذا أرادت الأم المبتوتة السفر من البلد الذي يقيم فيه الأب إلى بلدها أو بلد آخر بينهما تفاوت بغير إذن أبيه، وكانت المسافة قريبة بحيث يمكن أن يراه ويعود إلى منزله قبل الليل، فلها ذلك، لعدم الضرر، وإذا أرادت النقل إلى قرية قريبة من المصر، وقد وقع فيها النكاح، بحيث يتمكن الأب من النظر إلى ولده والعودة قبل الليل، فلها ذلك، وكذلك إن أرادت السفر إلى بلدها ولم يقع فيه عقد النكاح فللأب منعها، إلا إذا كان المصر قريباً بحيث يتمكن من رؤيته والعودة إلى بلده قبل أن يحل الليل[1].
- وإذا أرادت الخروج بولدها من قرية إلى أخرى فلها ذلك إذا لم تقطعه من والده إذا أراد أن يبصره كل يوم[2].
- متى وجد الولد عند أحد الأبوين وأراد الآخر رؤيته فلا يمنع من النظر إليه وتعهده، وإن كان الولد في حضانة الأم وأراد الأب أن يراه فعليها أن تخرجه إلى مكان يمكن للأب أن يراه فيه كل يوم[3].
- إذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب بعد انتقال الحضانة إليه، فلا يجبر على إرساله إلى أمه، فإذا أرادت هي أن تراه فلا تمنع من ذلك[4].
- "وقال المالكية: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة. والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله مطالعة من آن لآخر، أي الإطلاع عليه[5] ".

---

(1) انظر: السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص231-232، المرغياني: الهداية ج1، ص39، الكاساني: بدائع الصنائع تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص218، ابن الهمام شرح فتح القدير، ج4، ص375، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص86، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص50

(2) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص187.

(3) انظر: ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص571.

(4) انظر : الحصفكي: الدر المحتار، ج3، ص571.

(5) الزحيلي: الفقه الإسلامي، ج10، ص7321.

- وقال الشافعية: إذا بلغ المحضون سن التمييز وكان ذكراً واختار الأب كي يمكث معه، فلا يمانع من زيارة أمه ولا تكلف بالخروج إليه، بل يجب أن يخرج هو إليها لأنه ليس بعورة، ولئلا يكون الأب ساعياً في العقوق وقاطعاً لرحمه فهو أولى بالخروج منها إليه، وإن ذهبت الأم لزيارته فلا تمنع، أما إذا كانت أنثى واختارت الأب، فيمنع الأب الأنثى من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز والأم أولى بالخروج إليها لخبرتها وسنها، وإن بخل الأب بزيارة الأم أخرج ولدها إليها، وتكون الزيارة في كل يومين فأكثر لا في كل يوم على العادة، هذا إذا كان منزلها بعيداً، أما إن كان قريباً فلا بأس أن تزوره كل يوم، ولا تمكث فترة طويلة في الزيارة[1].
- إذا مرض المحضون ذكراً كان أو أنثى فالأم أولى برعايته وتمريضه لأنها أشفق عليه من غيرها، فأشبه ذلك الحضانة في سن الصغر قبل التمييز، فإن قبل الأب تمريض المحضون في بيته فلا مانع، وإن رفض ينقل إلى بيت أمه، ويجب الابتعاد عن الخلوة في الحالين، في حال تمريضه في منزل الأب، أو الأم، وإذا مات المحضون، فلا تمنع من حضور غسله وتجهيزه، وكذلك إذا مرضت الأم فلا يمنع الأب الولد من عيادتها ولا يمرضها إن أحسن ذلك، بخلاف الأنثى فلها تمريضها إن أحسنت ذلك[2].
- إن اختار الذكر الأم فإنه يبقى عندها في النهار، ويعود إلى أبيه ليلاً، وإن اختارت الأنثى الأم فتبقى عندها ليلاً ونهاراً، ولا يطلب الأب احضارها، بل هو الذي يذهب لزيارتها للصيانة والستر، ويزورها كل يومين أو أكثر على العادة إن كانت المسافة بعيدة، وإلا إن كانت قريبة فكل يوم، والحكم نفسه يكون إذا كان المحضون عند أمه ولم يبلغ سن التمييز[3].
- ويرى الحنابلة بأنه إذا بلغ الولد سبع سنين واختار والده، فإنه يبقى عنده في الليل والنهار، ولا تمنع أمه من زيارته لعدم الإغراء بالعقوق وقطيعة الرحم، والأولى أن يزورها الولد

---

(1) انظر : الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص457، الرافعي: العزيز، ج10، ص96، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص220، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10 ، ص651-652، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص109، الخطيب: الإقناع، ج2، ص149.

(2) انظر: الشيرازي: المهذب، ج2، ص172، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص109 -110، الشافعي الصغير: ج7، ص221، الرافعي: العزيز، ج10، ص96-97، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص457-458.

(3) انظر: القفال: حلية العلماء، ج7، ص442-443، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص458، الرافعي: العزيز، ج10، ص97، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص221-222، الشرواني والعبادي: حواشي الشرواني، ج10، ص654، الشيرازي: المهذب، ج2، ص172، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150.

لأنها عورة وسترها أولى، وإن اختار أمه كان عندها في الليل فقط، وفي النهار يذهب إلى أبيه ليعلمه الصناعة والكتابة والتأديب، وإن اختارت الأنثى أن تبقى مع والدها كانت عنده ليلاً ونهاراً لأنها بحاجة إلى تعليمها الغزل والطبخ، ولا تمنع الأم من زيارتها، بخلاف الفتاة لأنها بحاجة إلى ستر وصيانة وإن كان كلاً منهما عورة إلا أن ستر الأنثى أولى لخبرة الأم، وتمنع الخلوة بين الأم والأب عند زيارة كلاً منهما للصغير وكذلك الإطالة، وتمنع كذلك من الخلوة بالصغير إن كانت تؤدي إلى إفساد قلبه أو قلبها أو تكون الزيارة على حسب العادة كيوم في أسبوع مثلاً[1].

- وإذا مرض المحضون ذكراً أو أنثى فالأم أولى بتمريضه من الأب في بيتها أو بيت الأب، لأنه صار بالمرض كالصغير بحاجة إلى الرعاية والأم أقدر على ذلك، ولا تمنع الأم من زيارته وهو يحتضر أو بعد موته ولها أن تشرف على من يتولى غسله وتكفينه لأن هذه الأعمال من أعمال البر والصلة، وتمنع من الأعمال التي تتنافى مع الشرع من شق الثوب واللطم والنوح[2].
- وإذا مرض أحد الأبوين، فلا يمنع الأب الولد من زيارة أمه، وكذلك العكس ويذهب الولد بدلاً من المريض لأن مرضه منعه من الذهاب إلى ابنه، فالأولى أن يذهب هو إليه ليعوده في مرضه لأنه من أعمال البر والصلة[3].

الخلاصة :

- يتضح مما سبق أن المذاهب الفقهية الأربعة متفقة على أنه لا يمنع أحد الطرفين الأب أو الأم الآخر من مشاهدة المحضون إذا كان في حضانته وإن اختلفوا في الضوابط والقيود، فالحنفية يضعون قيود على سفر الأم من أجل تمكن الأب من مشاهدة الصغير ورعايته، وكذلك لا تمنع الأم من مشاهدته إذا كان في حضانة أبيه.

---

(1) انظر: ابن قدامة : المغني، ج9، ص143، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، ابن مفلح: المبدع، ج8، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص329، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388.

(2) انظر: المرداوي، ج9، ص432، ابن قدامة: المغني، ج9، ص143، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، ابن مفلح: المبدع ، ج8، ص238 –239، ابن قدامة: المقنع ج3، ص329– 330، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص266، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388.

(3) انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص266، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص584، ابن قدامة: المغني، ج9، ص143.

- والمالكية يفرقون في مشاهدة الأب أو الأم للمحضون بين ثلاثة، الصغير ، والكبير قبل سن التعليم ، والكبير بعد سن التعليم، فالصغير يحق للأب والأم مشاهدته في كل يوم مرة، أما الكبير قبل سن التعليم ففي كل أسبوع مرة، وبعد سن التعليم، المطالعة تكون من آن لآخر.
- والشافعية والحنابلة متفقون على أن الطفل إذا بلغ سن التمييز واختار الأم أو الأب أن يبقى مع من اختاره ولا يمنع من مشاهدته، فإن اختار المحضون الأب يبقى عنده ليلاً ونهاراً، وإن اختار الأم فيبقى نهاراً عندها ويذهب ليلاً عند أبيه خلافاً للحنابلة، وإذا مرض المحضون فالأم أولى بتمريضه من الأب لحاجة الطفل ولا يمنع الأب من مشاهدته، وإذا مرض أحد الأبوين فلا يمنع المحضون من مشاهدته ورعايته، وإن ميز الشافعية بين الذكر والأنثى فالذكر يرعاها ولا يمرضها وإن كان يحسن ذلك، بخلاف الأنثى، والحنابلة لم يفرقوا، وأضاف الحنابلة قيد هو منع الأم من الخلوة بالمحضون إذا أدى خلوها به إلى إفساد قلبه، ولهذا ترجح لدّي ما ذهب إليه الحنابلة لقوة ما ذهبوا إليه من مراعاة لمصلحة الجميع والله تعالى أعلم.

قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

أولاً: المطبق في غزة:

- فالمادة (393)من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني تنص على: "... ولو كان بعيداً عن محل إقامته فإن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها فليس لها أن تسافر إليه بالولد بغير إذن أبيه إلا إذا كان قريباً من محل إقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع إلى منزله قبل الليل... [1]" .

ثانياً: المطبق في الضفة الغربية:

- فالمادة (163) تنص على أنه: " يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته"[2].

الخلاصة :

- إن قانون الأحوال الشخصية المطبق في قطاع غزة يضع قيوداً على سفر الأم بالمحضون كي يتمكن الأب من مشاهدة ولده ورعايته وهذا ما نص عليه الفقه الحنفي، أما قانون الأحوال المطبق في الضفة الغربية فقد جعل كلاً من الأم والأب والجد لأب في درجة واحدة من حيث المشاهدة والمتابعة إذا كان المحضون يقيم مع أي حاضن ثبت له حق حضانته.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص64.

(2) الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص300.

الفصل الرابع

مدة الحضانة
ودور المؤسسات الفلسطينية في الحضانة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : مدة الحضانة :

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ابتداء مدة الحضانة

المطلب الثاني: المدة التي تنتهي بعدها الحضانة

وفيه ثلاثة فروع :

- **الفرع الأول: السن التي يصل إليها المحضون تؤدي إلى انتقاله من حاضن إلى آخر**
- **الفرع الثاني: تخيير المحضون وما يترتب على ذلك من آثار**
- **الفرع الثالث: ولاية الضم**

المبحث الثاني : واقع دور المؤسسات الفلسطينية في حضانة الطفل

المبحث الأول
مــدة الحضــانة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ابتداء مدة الحضانة

المطلب الثاني: المدة التي تنتهي بعدها الحضانة

وفيه ثلاثة فروع :

- **الفرع الأول: السن التي يصل إليها المحضون تؤدي إلى انتقاله من حاضن إلى آخر**
- **الفرع الثاني: تخيير المحضون وما يترتب على ذلك من آثار**
- **الفرع الثالث: ولاية الضم**

المطلب الأول
ابتداء مدة الحضانة

إن مسؤولية الأم عن حضانة طفلها في الحقيقة تبدأ منذ أن يتكون جنيناً في رحمها وليس ساعة الولادة[1]، قال تعالى :﴿ **وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾[2]، وقال أيضاً سبحانه وتعالى :﴿**وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ**﴾[3] [4].

- أما في الواقع فإن الحضانة تبتدئ بولادة الطفل، وهذا هو الواقع إذ لا بد من التأكد من وجود الحياة عند الطفل فقد يموت والأم حامل به لأي سبب من الأسباب.

فمتى تبدأ مدة الحضانة الفعلية للحاضن ؟؟

- يرى الحنفية أن الأم أحق بحضانة طفلها قبل الفرقة وبعدها ما لم تتزوج، أو تفقد شرطاً من شروط الحضانة، فإن حدث ذلك، ثم زال المانع عاد لها الحق في الحضانة[5].
- أما المالكية فإنهم يرون أن الحضانة حق مشترك بين الوالدين قبل الفرقة مادامت الأم تحت عصمة الزوج، فإذا طلقها فهي أولى الناس به ما لم تتزوج[6].
- أما الشافعية فيرون أن الأم أحق بطفلها إذا حدثت الفرقة بين الزوجين وكان الطفل دون سن التمييز [7].

---

(1) انظر : أبو شقة: تحرير المرأة، ج4، ص116.

(2) سورة الأحقاف: آية (15).

(3) سورة لقمان: آية (14).

(4) انظر : شلبي: أحكام الأسرة، ص761.

(5) انظر: المرغياني: الهداية، ج1، ص37، الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص555- 556، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص555، وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص367، السرخسي: المبسوط، ص207، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص206، 211، 212، إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية، ص381.

(6) انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص634- 635، ابن عبد البر: الكافي، ص296، ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص248.

(7) انظر: الخطيب: الإقناع، ج2، ص148، الرافعي: العزيز، ج10، ص87، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص516، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452.

- ويرى الحنابلة أن الأم أحق بحضانة الطفل والمعتوه من غيرها لأن الحضانة لا تثبت على البالغ الرشيد العاقل، لأنه مستقل بنفسه، فإن لم تكن موجودة، أو فقدت شرطاً من الشروط انتقلت الحضانة إلى غيرها من الحواضن(1).
- يتضح مما سبق أنه لا خلاف بين العلماء على أن الأم والأب أحق بحضانة الطفل قبل الفرقة، وإن لم يصرح الشافعية والحنابلة بذلك لبيانه، واتفقوا على أن الأم أحق بحضانة الطفل من الأب وغيره بعد الفرقة، وإن اختلفوا في السن التي يبقى فيها الطفل عند أمه، وعليه فإن الحضانة تبدأ بمجرد الميلاد إن كانت متزوجة وتستمر حتى البلوغ أما بعد الفرقة فإنها تبدأ بمجرد وقوعها.
- لا تجبر الأم على الحضانة إلا إذا تعينت عليها بأن لم يوجد غيرها، أو رفض الطفل قبول الرضاعة من غيرها، وكذلك إذا فقد الأب. ولا تستحق أجرة على حضانتها من مال الصغير لوجوب التربية عليها عند الحنفية(2)، أما المالكية فيجبرون الأم وغيرها على الحضانة عندما لا يقبل الطفل غيرها(3).
- تبدأ الحضانة للأم عندما تجبر عليها عند الحنفية، ولغيرها كذلك عند المالكية.
- إذا أبت الأم أن تربي الطفل إلا بأجر والأب معسراً، وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فالعمة أولى به على الصحيح(4).
- تبدأ حضانة العمة للطفل على الصحيح عندما ترفض الأم أن تربي بغير أجر والأب يكون معسراً .

---

(1) انظر : المرداوي: الإنصاف، ج9، ص416، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص263، ابن مفلح: المبدع، ج8، 230، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص386 ، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص327.

(2) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص368، ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص180-181، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3، ص47، الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص204، ابن عابدين: حاشية رد المتار: ج3، ص557، 559، الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص557، إبراهيم: أحكام الأحوال، ص386.

(3) انظر: الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص260، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص641.

(4) انظر : الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص46.

- إذا كانت الأم رقيقاً، وفارقها زوجها، أو كان الأب حراً، فالمولى أولى بالصغير من غيره لأن الولد يكون تبعاً لها وهي مملوكة فكذلك الولد، ولكن لا ينبغي أن يبتعد الطفل عن الأم لقوله (ﷺ): "من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة[1]" [2].
- حضانة الولي تبدأ على الطفل إذا كانت الأم رقيقاً وفارقها زوجها أو كان حراً بمجرد الملك، ينبغي أن لا يبتعد الطفل عن أمه.
- في حالة فقد الأم لشرط من شروط الحضانة، فإنها تنتقل إلى أم الأم وإن علت، ثم أم الأب،.... إلخ[3]. [4]
- تبدأ حضانة الجدة لأم الأم بمجرد سقوط أي شرط من شروط الواجب توفرها في الأم، ثم تنتقل إلى غيرها إذا سقط كذلك أي شرط وهكذا...إلخ.
- إذا فقدت النساء اللاتي من أصله، فإن الحضانة تنتقل إلى عصبة الأب، ثم أبيه وإن علا.... إلخ[5]. [6]
- حضانة الرجال تبدأ عند عدم وجود النساء الحواضن.
- "وللمطلقة الخروج بالولد من قرية إلى مصر قريبه لاعكسه، ومن بلدة إلى أخرى هي وطنها وقد نكحها فيها، ولو دار حرب لو زوجها حربياً مثلها[7]"هذا عند الحنفية، أما المالكية والشافعية والحنابلة في المشهور عندهم فقد قالوا إذا أراد الحاضن السفر سفر نقلة لمسافة

---

(1) سبق تخريجه ص (22).
(2) انظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص213.
(3) سبق الحديث عنه في مطلب حضانة النساء، في المبحث الثاني من الفصل الأول.
(4) انظر: ابن عابدين : حاشية رد المحتار، ج3، ص559، 563-564، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص206، ابن نجيم : البحر الرائق، ج4، ص182، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص369، المرغيناني: الهداية، ج1، ص37، السمرقندي: تحفة الفقهاء ، ج1، ص229، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص516، الشيرازي: المهذب، ج2، ص171، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، 456، الحصني : كفاية الأخيار، ج2، ص284، الخطيب: الإقناع، ج2، ص149، الشرواني : حواشي الشرواني، ج10، ص639، الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج2، ص182-183.
(5) سبق الحديث عنه في مطلب حضانة الرجال.
(6) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص214-215، الزيلعي: تبيين الحقائق، ج3، ص48، إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية، ص385.
(7) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص570.

تزيد على ستة برد أو مسافة القصر[1]، والطريق آمن فالأب أولى به احتياطاً للنسب وتعليماً له وتأديبه وسهولة النفقة عليه، وكذلك الحكم عند الشافعية بالنسبة للجد والعم وابن العم أما إذا كان المحضون أنثى فلا تسلم له إذا بلغت حد الشهوة[2].

- أما إذا كان السفر لحاجة كحج أو تجارة فيرى الشافعية ورواية للحنابلة أن المقيم أحق بحضانة الصغير حتى يعود الحاضن من سفره[3].
- تستمر حضانة المطلقة للمحضون في السفر عند الحنفية إذا خرجت بالولد من قرية المحضون، أما المذاهب الأخرى ففرقوا بين سفر النقلة، وسفر الحاجة، فسفر النقلة تسقط حضانة الحاضن بالسفر وتنتقل إلى الأب وتبدأ حضانته للصغير، وإذا كان السفر لحاجة فالشافعية ورواية للحنابلة أن المقيم أولى به بمعنى أن المقيم تبدأ حضانته للصغير إذا سافر الحاضن لحاجة، وبعودته من السفر تبدأ حضانته من جديد للصغير.
- إذا زال المانع من استحقاق الحضانة بأن طلقت الأم أو تأيمت لم يعد حقها في المشهور عند مالك، وإن كان تركها للولد بعذر عاد حقها في الحضانة، خلافاً للحنابلة وغيرهم[4]، فإن حقها يعود في الحضانة لزوال المانع[5].

---

(1) سبق الحديث عنه في مطلب سقوط الحضانة.

(2) انظر: الإحسائي: تبيين المسالك، ج3، ص261، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص532، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص458، الرافعي: العزيز، ج10، ص98، الخطيب: الإقناع، ج2، ص150، الشرواني: حواشي لشرواني: ج10، ص655-656، الشيرازي: المهذب،ج2، ص173، الجمل: حاشية الجمل : ج4،ص523، الغزالي:الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص242، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص289- 290، ابن قدامة: المقنع: ج3، ص328، البهوتي ، كشاف القناع، ج5، ص581، ابن مقلح: المبدع، ج8، ص236-237، ابن قدامة : المغني، ج9، ص141، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص427، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص306.

(3) انظر : بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص111-112، الحصني: كفاية الأخيار، ج2، ص289، الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج2، ص187.

(4) سبق الحديث عنه في مطلب سقوط الحضانة، في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

(5) انظر: ابن عبد البر: الكافي، ص297، ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص248، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص246 -247، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص533، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص425، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص235، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص387، البهوتي: شرح منتهى الإرادات: م3، ص265، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص328، ابن قدامة: المغني، ج9، ص140، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص305.

- إذا وجد أي مانع من موانع استحقاق الحضانة فإنها تنتقل إلى الحاضن الآخر حسب التقسيمات عند كل مذهب ومن هنا تبدأ الحضانة للحاضن الآخر، فإذا زال المانع عن الحاضن الأول فإن الحق يعود في الحضانة عند المذاهب عدا المالكية فإن المشهور عندهم ألا تعود الحضانة إذا سقطت برضا الحاضن، وعليه فإن الحضانة تبدأ للحاضن الأول عند زوال مانع الاستحقاق.
- يرى الحنفية أنه إذا بلغ الصبي السن التي يجب أن ينتزع فيها من أمه، وكذلك الفتاة انتقلت الحضانة إلى الأب[1]، أما الحنابلة فإنهم يرون أنه إذا بلغ الصبي سبع سنوات وكان مميزاً خير بين أبويه، وكان مع من اختار، فلو بلغ سبع سنوات وكان غير مميز أو أصابه جنون، أو بلغ خمس عشرة سنة وهو معتوه فأمه أولى به، وإذا لم يخير أحدهما أقرع بينهما، وإن اختار بعد القرعة الأخر نقل إليه، والفتاة إذا بلغت سبع سنوات هل تخير أم لا؟ خلاف[2].
- عندما ينزع المحضون من أمه فإن الحضانة تبدأ لدى الحاضن الثاني، وإذا خير بين أبويه واختار أحدهما فإن حضانته له تبدأ عند وقوع الاختيار، وإذا أقرع بدأت الحضانة لمن وقعت عليه القرعة، وإن رجع في اختياره بدأت لمن رجع إليه.

الخلاصة :

- يبدأ الوقت الفعلي للحضانة بمجرد الميلاد وتستمر، حتى إذا ما وقعت الفرقة استمرت حضانة الأم للطفل وكأنها بدأت من ذلك الوقت حتى يصل إلى سن معينة، وكذلك تبدأ الحضانة للحاضن الآخر إذا سقطت من الحاضن الأول لأي سبب من الأسباب التي تمنع من استحقاقه للحضانة، وإذا كان الأب فقيراً معدوماً أو لا يقبل الطفل غيرها فإنها تجبر عليها، وتبدأ من ذلك الوقت، وإذا سافر الحاضن فالحضانة تبدأ من ذلك الوقت للمقيم، هذا إذا كان سفره لحاجة، أما سفر النقلة فالأب أولى به ومن هنا تبدأ حضانته للصغير...إلخ .

---

(1) سيأتي الحديث عنه في المطلب اللاحق (المدة التي تنتهي بعدها الحضانة).

(2) انظر : الزيلعي وابن نجيم، تبيين الحقائق، ج3، ص49، السرخسي: المبسوط، ج5، ص207 المرداوي: الإنصاف، ج9، ص429-431، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص237- 239، ابن النجار: منتهى الإرادات، ج2، ص388- 389، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265 -266، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص329، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص582-583، ابن قدامة: المغني ، ج9، ص142-144، الزحيلي: الفقه الحنبلي ، ج3، ص306-307.

أما عن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

- فلم ينص صراحة في مادة معينة عن بدء مدة الحضانة ولكن من خلال تتبع مواده يمكن لنا أن نستنتج متى ذلك كما هو الحال في المذاهب الفقهية .
- فالمادة (380) من قانون الأحوال المطبق في غزة تنص على أن: " الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة إذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة" [1].
- أما المادة المعمول بها في الضفة الغربية فتنص على أن: "الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة "[2].
- فحضانة الأم المتزوجة من أب الطفل تبدأ منذ الولادة وتستمر حتى البلوغ، فإذا ما حدثت الفرقة بين الزوجين فإن حضانتها للصغير تبدأ عند الفرقة كذلك.
- والمادة (383) المعمول بها في غزة تنص على أن: "إذا تزوجت الحاضنة أما كانت أو غيرها بزوج غير محرم للصغير سقط حقها في الحضانة.. انتقل إلى من يليها في الاستحقاق من الحاضنات فإن لم توجد مستحقة أهل للحضانة فلولي الصغير أخذه ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة التي سقط حقها بتزويجها بغير محرم للصغير[3]".
- أما المادة (156) من قانون الأحوال في الضفة فإنها تنص على أن: "عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها" [4].
- والمادة (158) تنص على أنه: " يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه"[5]
- يسقط حق الحاضنة بالزواج وتنتقل الحضانة إلى من يليها ومن هنا تبدأ حضانة الغير من الحواضن فإذا سقطت ابتدأت حضانة الوصي وإذا زال مانع استحقاق الحضانة التي سقط حقها عاد إليها الحق أي ابتدأت الحضانة لها من جديد.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص61.

(2) السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص567.

(3) السرطاوي: شرح قانون الأحوال، ج3، ص567.

(4) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص272.

(5) المرجع السابق، ج10، ص62.

- **المادة (384) من قانون الأحوال المطبق في غزة** تنص على أنه: "حق الحضانة يستفاد من قبل الأم فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها.. ينتقل حقها إلى أمها.. تنتقل إلى أم الأب وإن علت.. [1]".
- **أما قانون الأحوال المطبق في الضفة** فالمادة (154) تنص على أنه: ".. ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة".
- نلاحظ أن حضانة أم الأم تبدأ عندما تسقط حضانة الأم، وأم الأب تبدأ حضانتها إذا سقطت حضانة أم الأم وهكذا حتى تنتهي الحواضن من النساء.
- والمادة (385) من قانون الأحوال المطبق في غزة فإنها تنص على أنه: " إذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة تنتقل للعصبات بترتيب الإرث فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق... [2]"
- حضانة الرجال تبدأ عند انتهاء حضانة النساء ويستمر في الترتيب بحيث إذا ما فقد الأب الحضانة تبدأ حضانة الجد....
- والمادة (386) من مواد قانون الأحوال المطبق في غزة تنص على أنه: "إذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة... ويقدم الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابنه... [3]"
- تبدأ حضانة الرحم المحرم عند انتهاء حضانة العصبات حسب الترتيب الجد لأم ثم الأخ لأم...إلخ. فكلما سقطت حضانة أي حاضن انتقلت إلى الذي يليه من حيث الترتيب وهكذا...
- والمادة (387) من قانون الأحوال المطبق في غزة تنص على أنه: " إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها... [4]"
- تبدأ حضانة الأم جبراً إذا لم يوجد للطفل حاضنة غيرها أو لم يقبل سواها.
- والمادة (390) من قانون الأحوال المطبق في غزة تنص على أنه (إذا أبت أم الولد ذكراً كان أو أنثى حضانته مجاناً ولم يكن له مال... تجبر الأم على حضانته... [5])

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62.

(2) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62.

(3) المرجع سابق، ج10، ص62.

(4) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62

(5) المرجع سابق، ج10، ص62.

- تجبر الأم على حضانة الصغير في حالة إعسار الأب وتبدأ حضانتها من تلك اللحظة كــذلك إن وجدت متبرعة تخير فإن اختارت حضانته دون مقابل بــدأت الحــضانة عنــدها، وإن رفضت بدأت حضانة المتبرعة للصغير.
- والمادة (391) من قانون الأحوال المطبق في غزة تنص على أنه: " تنتهي مــدة الحــضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك إذا بلغ سبع سنين وتنتهــي مــدة حــضانة الــصبية ببلوغها تسع سنين... [1]"
- أما المادة (161) من قانون الأحوال المطبق في الضفة فإنها تنص على: " تنتهــي حــضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة[2]"
- تنتهي حضانة الأم للغلام إذا بلغ سبع سنوات وتبدأ حضانة الأب له، وكذلك حضانة الفتــاة تبــدأ في حق الأب إذا بلغت تسع سنوات هذا في غزة أما الضفة الغربية فإن حضانة غير الأم تنتهــي بالنسبة للغلام إذا بلغ تسع سنوات والبنت إحدى عشرة سنة وتبدأ حضانة الأب بعد ذلك.
- والمادة (393) من قانون الأحوال المطبق في غزة تنص على أنه: " ليس للأم المطلقــة أن تسافر بالولد الحاضنة له من بلد أبيه ... [3]".
- والمادة (164) من قانون الأحوال المطبق في الضفة تنص على ما يلــي: " ... فــإن ثبــت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر[4]"
- تبدأ مدة الحضانة للحاضن المقيم إذا سافر الحاضن الأول.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62.

(2) التكروري: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص275.

(3) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص62

(4) التكروري: شرح قانون الأحوال، ص273.

المطلب الثاني

المدة التي تنتهي فيها الحضانة.

الفرع الأول : السن التي يصل إليها المحضون تؤدي إلى انتقاله من حاضن لآخر :

تستمر حضانة الأم أو غيرها من الحواضن للمحضون فإذا ما وصل إلى سن معينة يستطيع من خلالها أن يستغني عنها، لكن ليس بشكل مطلق فهل ينتقل إلى الحاضن الآخر الأب أو من يقوم مقامه أو تستمر حضانة الأم إلى سن البلوغ، وهل هذا ينطبق على الذكر والأنثى أم يختلف وهل هو موضع اتفاق بين العلماء أم خلاف. كل ذلك سأتناوله بالحديث من خلال عرض الفرع.

ميز العلماء بين الغلام والفتاة وبين الأب والأم ومن يقوم مقامهما وبين غيرهما من الحواضن من حيث السن.

أولاً : سن الغلام :

ذهب الحنفية إلى القول بأن حضانة الأم أو الجدات (لأم أو لأب) تستمر في الغلام حتى يستطيع الاستغناء عن النساء بالأكل والشرب واللبس لوحده وقدر ذلك لسبع سنوات لأنه الغالب والمفتى به تسع سنين، وفي رواية عن محمد حتى يتوضأ وحده ويستنجي وحده، واعتمدوا في ذلك على الاستحسان لحاجة الطفل إلى التأديب والأب على ذلك أقدر من الأم بعد سبع سنوات، لأنه لو ترك معها فإنه يخشى عليه أن يتخلق بأخلاق النساء، واستدلوا على السن بحديث "مروا صبيانكم إذا بلغوا سبعاً [1]"لأن الأمر لا يكون إلا بعد القدرة، والقدرة تتحقق في مثل هذه السن، أما القياس عندهم بأن يبقى الغلام في حضانة الأم حتى سن البلوغ لحاجته إلى التربية في مثل هذه السن، ويجبر الأب أو الوصي أو الولي على أخذ الطفل وحضانته لأن النفقة والصيانة واجبة عليه بالإجماع [2].

---

(1) الدارمي: سنن، كتاب الصلاة، (باب متى يؤمر الصبي بالصلاة) بلفظ(علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين واضربوه عليها ابن عشرة)، ص333، ج1، الألباني: الجامع الصغير، صحيح رقم الحديث (4025)، (4046)، م2، ص744.

(2) انظر: المرغيناني، الهداية، ج1، ص28، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص214، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص371، الزيلعي وابن نجيم: تبيين الحقائق، ج3، ص48، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص566، السرخسي: المبسوط، ج5، ص207.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن حضانة الأم للذكر تستمر حتى يبلغ الحلم على المشهور عندهم من غير شرط، فلو بلغ زمناً أو مجنوناً فلا تسقط حضانة الأم عنه، وكذلك المشكل لأن جانب الأنوثة غالب عليه، وقيل تستمر الحضانة حتى يثغر [1]، وفي قول حتى يبلغ عاقلاً غير زمن كالنفقة [2].

أما الشافعية فإن حضانة الأم عندهم تستمر في الغلام حتى يستطيع التمييز ويحصل ذلك بتناول الطعام والشراب وقضاء الحاجة والقيام بأعمال الطهارة لوحده، ويكون ذلك في الغالب في سن سبع سنوات أو ثمان، ثم تنتهي بعد ذلك حضانة الترتيب ويبدأ التمييز، وقيل قبل التمييز تسمى حضانة وبعده تبدأ مرحلة الكفالة[3]، والسن غير معتبر عند الشافعية إنما التمييز، فلو ميز قبل سن السابعة أو بعد الثامنة فهو المعتبر، وقيل إن ميز قبل سبع لا اعتبار لذلك قياساً على الصلاة حيث لم يؤمر بها قبل هذه السن، وأجيب بأن الصلاة فيها حصول مشقة للصبي فخفف عنه، بخلاف الحضانة التي يتعلق بها صلاح النفس أو عدمه فيقيد ذلك بالتمييز لا بالسن[4].

والمعتبر في التمييز معرفة أسباب الاختيار منها الدين والمحبة وكثرة المال . وإلا أجل انتقال الحضانة إلى الحاضن الآخر حتى يحصل المقصود والأمر في ذلك راجع إلى القاضي[5].

---

(1) معنى يثغر: ثغَر وأثْغَر دُقَّ فمه، وثغر الغلام ثغراً: سقطت أسنانه الرواضع فهو مثغور، وأثغر وادغَّر على البدل نبتت أسنانه. (بمعنى سقطت أسنانه الرباعية ثم نبتت الأخرى) ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص486.

(2) انظر: الدسوقي :حاشية الدسوقي ، ج2، ص526، الإحسائي : تبيين المسالك، ج3، ص251، الخرشي: حاشية الخرشي، ج5، ص235، الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص632-633، ابن رشد: المقدمات، م2،ص262، ابن جزي: قوانين الأحكام ، ص248، ابن عبد البر: الكافي، ص297.

(3) الكفالة: في الاصطلاح: 1- "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة" الجرجاني: التعريفات ص 62.
2- "ضم ذمة في التزام المطالبة بالدين" النسفي: طلبة الطلبة، ص287.

(4) انظر: الشرقاوي، حاشية الشرقاوي، ج2، ص353، بجيرمي: بجيرمي علي الخطيب، ج4، ص104، الخطيب : الإقناع ، ج2، ص148، الرافعي: العزيز، ج10، ص93، الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، ج7، ص214، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص583، الشرواني: حواشي الشرواني، وابن القاسم، ج10، ص637، الشيرازي: المهذب، ج2، ص172، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص452، 456، الحصني: كفاية الأخيار ، ج2، ص283، الغزالي : الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص240،الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج2، ص184.

(5) بجيرمي: بجيرمي علي الخطيب، ج4، ص108، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص456، الخطيب : الإقناع ، ج2،ص149.

الخلاصة :

- إن المتأمل لأقوال العلماء يجد أن الخلاف بين الحنفية والشافعية ورواية للمالكية خلاف في الظاهر فقط، فهم متفقون على أن الصبي إذا وصل، سن الاستغناء أو التمييز أو الإثغار على حسب المسميات لديهم فإن حضانته تنتقل إلى الأب، واستندوا في ذلك (الحنفية والشافعية) إلى دليل واحد حديث الصلاة، وكذلك نفس التأويل من أنه بحاجة إلى تأديب والأب على ذلك أقدر ، وإن قال الحنفية أن تأويلهم راجع إلى الاستحسان ، والشافعية إلى القياس.
- أما الحنابلة فلم يتحدثوا عن السن صراحة من حيث انتهاء حضانة الأم للغلام، وإنما تحدثوا عن تخيير الغلام بعد سن التمييز[1] إلا أن ذلك يدل دلالة واضحة على أنهم متفقين مع جمهور العلماء فيما آلوا إليه والله تعالى أعلم.

ثانياً : الفتاة :

- اختلف الحنفية في السن التي تنتهي بها حضانة الأم أو الجدات للجارية، فعلى الرواية سن الفتاة يكون تسعة على المفتى به وهو ما روي عن محمد وأبي يوسف لفساد الزمان، أما ظاهر الرواية فحتى تحيض لأنها بحاجة إلى الأم أكثر من الأب لمعرفة آداب النساء، ولو اختلفوا في الحيض فالقول للأم، وقيل للأب إن كان الغالب بلوغ مثلها في هذه السن، وقيل يرجع في ذلك إلى الفتاة أما بعد البلوغ فالأب أولى بحضانتها لأنها بحاجة إلى صيانة والأب أقدر على ذلك من الأم[2]. وقال المالكية إن حضانة الأم للجارية تستمر حتى تتزوج ويدخل بها كالنفقة[3].
- واختلف الحنابلة في سن الجارية على عدة أقوال، فعلى المذهب إذا بلغت الجارية سبع سنين انتقلت حضانتها إلى الأب وجوباً، ولا تمنع الأم من زيارتها ولا تقاس الفتاة على الغلام لأن الغرض من الحضانة، الحظ، وحظ الفتاة عند أبيها لأنه قادر على صيانتها، والأم لا تستطيع صيانة نفسها كي تحفظ غيرها واستدلوا على ذلك بعدم ورود دليل، إضافة إلى أن النبي صلى

---

(1) سيأتي الحديث عنه في الفرع الثاني.

(2) انظر : الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص566، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص566، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص230، إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية ، ص390.

(3) انظر: الدردير: الشرح الصغير : ج3، ص632 – 633، ابن عبد البر :الكافي، ص297، ابن جزي: قوانين الأحكام ، ص248، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج2، ص526.

الله عليه وسلم تزوج السيدة عائشة وهي بنت سبع، والبنت تخطب من الأب لأنه وليها فيقدم على غيره.

- وفي رواية تبقى مع الأم حتى تستغني أي تتزوج بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"[1] وقصة ابنة حمزة، ويؤيده حديث" من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[2] وفي قول ثالث تبقى لتسع سنوات، وقيل أن حكم برشدها فهي كالغلام[3].

الخلاصة :

- اتفق الحنفية مع الحنابلة في رواية وهي ان تبقى الفتاة مع أمها حتى تبلغ تسع سنوات، وكذلك اتفق المالكية مع الحنابلة في بقاءها عند الأم حتى تتزوج وقيد المالكية الزواج بالدخول وكل له أدلته وتأويله، واختلفوا في بعض الروايات حتى أنا نجد المذهب الواحد وردت فيه روايتان فأكثر.

الرأي الراجح :

- ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في رواية عنهم أن الفتاة تمكث مع أمها حتى تتزوج لأن الفتاة بحاجة إلى تعلم آداب النساء والأم على ذلك أقدر من الأب طالما أن شروط الحضانة متوفرة فيها، مع متابعة الأب لها حسب العادة ، فإن حصل لديه شك في تربية الأم وأقام الدليل على ذلك، فله حينئذ نزعها من الأم لصيانة الفتاة وحمايتها.
- أما غير الأم والجدات فالحضانة تستمر في الغلام أو الجارية، حتى يأكل ويشرب لوحده، واستوت الفتاة مع الغلام في ذلك مع أنها تحتاج بعد الاستغناء إلى من يعلمها آداب النساء، ويعني ذلك استخدامها، وولاية الاستخدام ثابتة للأم والجدات أما الغير فلا، وتسلم إلى الأب لاحتراز الوقوع في المعصية[4].

---

(1) سبق تخريجه ص (14).

(2) سبق تخريجه ص (22).

(3) انظر : ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص389، ابن قدامة: المقنع ج3، ص339، ابن قدامة: المغني، ج9، ص144-145، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، م3، ص266، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص239، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص307.

(4) انظر: الحصفكي: الدر المختار، ج3"، ص566، المرغيناني: الهداية، ج1، ص38،ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص373، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص214.

أما قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني :

فالمادة (391) من قانون الأحوال المطبق في قطاع غزة تنص على أنه:

- " تنتهي مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك إذا بلغ سبع سنين وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين وللأب حينئذ أخذهما من الحاضنة فإن لم يطلبهما يجبر على أخذهما وإذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للولد أب ولا جد يدفع للأقرب من العصبة أو للوصي لو غلاماً ولا تسلم الصبية لغير محرم فإن لم يكن عصبة ولا وصي بالنسبة للغلام يترك المحضون عند الحاضنة إلى أن يرى القاضي غيرها أولى له منها"[1].

أما قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية فالمادة (161) تنص على أنه:

- "تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة، وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة"[2].
- والمادة (163) تنص على أنه: " تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها عن تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم"[3].

الخلاصة :

- أن قانون الأحوال المطبق في غزة يحدد سن الغلام بسبع، والفتاة بتسع سنوات بالنسبة لحضانة الأم، أما الضفة الغربية فإن السن بالنسبة للغلام تسعة، وللفتاة إحدى عشرة بالنسبة لغير الأم، أما الأم المتفرغة فتستمر الحضانة حتى سن البلوغ.

الرأي الراجح:

- الجمع بين الاثنين بحيث يحدد سن الغلام بسبع سنوات ثم ينتقل إلى حضانة الأب لأنه الأقدر على التربية من الأم بحكم الأبوة ، والفتاة تستمر حضانتها حتى تبلغ لأن الأم في ذلك أقدر على التربية من الأب.
- وغير الأم يحدد سن المحضون فيه كما في المادة (391) المطبقة في قطاع غزة.

---

(1) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية ، ج10، ص63.

(2) الأشقر: الواضح في شرح قانون الأحوال، ص300.

(3) المرجع السابق، ص300.

ثانياً : الفرع الثاني: تخيير المحضون :

ويشمل هذا الفرع ثلاثة مسائل :

- المسألة الأولى: تخيير المحضون بين والديه:
- المسألة الثانية : تخيير المحضون بين أقاربه.
- المسألة الثالثة : الآثار المترتبة على تخيير المحضون.

أولاً: المسألة الأولى: تخيير المحضون بين والديه:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

- القول الأول: ذهب الحنفية إلى عدم تخيير المحضون بين والديه قبل البلوغ.
- القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة في المذهب إلى تخيير المحضون بين والديه قبل البلوغ إذا عقل التخيير.
- القول الثالث: ذهب المالكية إلى أن الأمر راجع إلى الإمام.

ولكلٍ أدلته التي استند إليها .

أدلة القول الأول :

- الحنفية لا يرون أن الصغير يخير لأنه لا يعرف الأنظر فيهما ويستوي في ذلك الذكر والأنثى واستدلوا بأدلة نقلية وعقلية.

أولاً : الأدلة النقلية :

1- إن الحديث الذي خير فيه الرسول صلى الله عليه وسلم الصبي وقال " اللهم اهده"[1] فوفق إنما كان ذلك ببركة الدعاء لا بالاختيار، وإنما قال له ذلك تطيباً لقلبه من غير مخالفة للشرع[2].

---

(1) سبق تخريجه ص (24).

(2) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، ج4، ص186، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج373، السرخسي: المبسوط، ج5، ص208.

2- حديث " أنت أحق به ما لم تنكحي"[1] فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يخير لأن التخيير ليس فيه حكمة لأنه يختار شر الأبوين لئن اختياره تابع لهواه فيميل إليه ويترك من يعلمه آداب النفس والدين[2].

3- إنه لم يصح أن الصحابة خيروا في ذلك[3].

ثانياً : الدليل العقلي :

فالطفل يختار من يجد عنده اللعب لقصور عقله فلا يعرف الأنظر منهما[4].

أدلة القول الثاني:

- قبل الشروع في عرض الأدلة أوضح الحكمة من تخيير المحضون عند الشافعية، ثم شرطا التمييز عند الحنابلة.

أولاً : الحكمة من التمييز :

- أن الطفل قبل التمييز يكون في مرحلة لا يمكن أن يستغني فيها عن رعاية الأم فهو بحاجة إليها لأنها الأكثر قدرة على ذلك من الغير، فإذا ما استغنى فإنه يكون بحاجة إلى رعاية عامة (الكفالة) يستوي فيها الأب والأم لاعتماد الطفل على نفسه في كثير من شئونه، إضافة إلى القدرة العقلية مما يتيح للطفل حرية الاختيار[5].

ثانياً: شرطا التخيير:

1- أن يكون من يخير بينهما أهلاً للحضانة.

2- أن يكون الغلام عاقلاً فإن كان معتوها، يبقى مع أمه ولا يخير لأنه بمنزلة الصغير وإن كان كبير لحاجته إلى أمه، فإن خير واختار الأب ثم زال عقله رد إلى أمه لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في الصغير[6].

---

(1) سبق تخريجه ص (14).

(2) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص217.

(3) انظر: ابن نجيم البحر الرائق، ج4، ص186، ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج373- 374.

(4) انظر: المراجع السابقة، السرخسي: المبسوط، ج5، ص208، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص230.

(5) انظر: الخن وآخرون: الفقه المنهجي، ج2، ص185 – 186.

(6) انظر: ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبدالخالق، ج2، ص389، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، ابن قدامة: المغني، ج9، ص144، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص266 -267، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص307.

الأدلـــــــة :

- إذا أتم الصغير سن السابعة وكان مميزاً فإنه يخير بين والديه واستدلوا بأدلة نقلية وعقلية منها .

أولاً : الأدلة النقلية :

1- أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه[1].

2- أن امرأة جاءت فقالت يا رسول الله أن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئـر أبـي عنبه، وقد نفعني: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " استهما عليه " فقال زوجها من يحـاقني في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شـئت " فأخـذ بيد أمه، فانطلقت به[2].[3]

3- أن رجلاً وامرأة أتيا أبا هريرة رضي الله عنه يختصمان في ابن لهما فقال أبو هريرة لأقـضين بينكما بما شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي به، يا غلام هذا أبوك وهذه أمك، فاختر أيهما شئت[4].

4- عن عمر بن الخطاب أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه[5].

5- عن عمارة الجرمي[6] أنه قال: "خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان"[7].

---

(1) الرافعي: العزيز، ج10، ص94، الحصني: كفاية الأخيـار، ج2، ص284، الـشرقاوي: حاشـية الـشرقاوي، ج2، ص353، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص521، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص24.

(2) سبق تخريجه ص (16) .

(3) انظر: الرافعي: العزيز، ج10، ص95، الشيرازي: المهذب، ج2، ص172، الخن وآخـرون: الفقـه المنهجـي، ج2، ص184 – 185، الزركشي: شرح الزركشي، م6، ص32، ابن قدامة: المغني، ج9، ص142، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص237.

(4) النسائي: سنن، كتاب الطلاق، (52باب إسلام أحد الزوجين وتخير الولد)، ص844 بلفظ آخر عن أبي ميمونـة قـال: "بينما أنا عند أبي هريرة فقال: إن امرأة جاءت رسول الله فقالت فداك أبي وأمي.." يفيد أنا أبا هريرة كان في مجلـس الرسول صلى الله عليه وسلم وعندما قضى للمرأة قضى بما شهد.

(5) النسائي: سنن، رقم الحديث (12606)، بلفظ (اختصم إلى عمر في صبي، فقال هو مع أمه حتى يعـرب عنـه لـسانه فيختار) م2، ص156.

(6) عمارة الجرمي: في حدود ما اطلعت عليه لم أعثر على شيء في كتب السنن عنه سوى أنه روى عن علـي بن أبي طالب وعبسة ابن سعيد، وروى عنه يونس الجرمي. النووي: تهذيب الأسماء واللغات، ص35

(7) عبد الرزاق : المسند، م7، ص157، لم يذكر فيه السن وإنما ذكر التخيير، البخاري: التـاريخ الكبيـر، ج3، ص497، رواه بلفظ آخر (خيرني علي رضي الله عنه فاخترت أمي فجعلني معها)..

ثانياً : الدليل العقلي :

- أن الحضانة جعلت لحظ الصبي والمعتبر فيها مظنه الشفقة لا نفسها، فإذا خير فإنه يختـــار الأرفق به فيقدم، إضافة إلى التقييد بسبع سنين راجع إلى الشارع خاطب الغلام فيها وأمـــره بالصلاة، وقبل ذلك قدمت الأم لأنه بحاجة إلى رعاية وخدمة وهي أعلم بذلك، فإذا اســـتغنى عنها خير للتساوي بينهما، وكان مع من اختار،وإن علم أنه اختار من يعلمه الفساد وكره من يعلمه الأدب لا يجاب لئن في ذلك مضيعة له[1].

أدلة القول الثالث :

- الأم أحق بحضانة الطفل من غيرها بدليل حديث"أنت أحق به ما لم تنكحي"[2].
- ولكن وردت بعض الآثار تفيد التمييز فمنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهما إن شئتما خيرتماه، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهما استهما عليه فأبى الأب من ذلـــك فخيـــر النبي عليه السلام الغلام بينهما، فقد جمع أبو جعفر الطحاوي بين هذه الأحاديـــث فـــذكر أن الإمام يدعو الأبوين إلى الاستهمام عليه فإن أجابوا لذلك كان بها، وإلا إن رفضا أو أحدهما، قال لهما أن شئتما خيرتماه، فإن رفض الإثنان أو أحدهما حكم بالصبي للأم[3].

مناقشة أدلة القول الثاني:

- **ناقش الحنفية بعض أدلة الشافعية والحنابلة :**

1- أن الحديث الذي استدل به الشافعية ليس فيه دلالة على التخيير قبل البلوغ وإنما هو بعد البلـــوغ، بدليل قولها نفعني أي كسب علي، ومعلوم أن البالغ هو الذي يقدر على الكسب إضافة إلـــى مـــا قيل أن بئر أبي عنبه الموجود بالمدينة لا يمكن للصغير أن يستقي منه خشية السقوط فيه، وإنمـــا المراد الكبير ونحن نقول بالتخيير في حق البالغ[4].

---

(1) انظر: ابن قدامة: المغني، ج9، ص142، المرداوي ، الإنصاف، ج9، ص429، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص237. البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص582 – 583، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص306-307.

(2) سبق تخريجه، ص (14).

(3) ابن رشد: المقدمات، م2، ص259.

(4) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص217، ابن الهمام: شرح فـــتح القـــدير، ج4، ص373-374، الزيعلي: تبيين الحقائق، ج3، ص49.

2- ويؤيد ذلك حديث عمارة بن ربيعة[1]: " أنه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل، فجاء عمي ليذهب بي، فخاصمته أمي إلى علي بن أبي طالب – رضي الله عنه–ومعي أخ لي صغير، فخيرني علي – رضي الله عنه– ثلاثاً فاخترت أمي فأبى عمي أن يرضى، فوكزه علي رضي الله عنه بيده، وضربه بدرته، وقال : لو بلغ هذا الصبي أيضاً خير، فهذا يدل على أن التمييز لا يكون إلا بعد البلوغ "[2] .

الرأي الراجح:

- من خلال ما سبق يترجح لدى ما ذهب إليه الحنفية لقوة أدلتهم، إضافة إلى العقل فالطفل مهما استطاع التمييز يبقى قاصراً عاجزاً عن معرفة مصلحته، وعند التخيير إختياره يكون نابعاً عن هوى وعاطفة لا عن إدراك وعقل، كذلك الشارع عندما طلب من الطفل الصلاة في سن السابعة أصبح مطالباً لا على جهة الوجوب والالزام وإن وقعت صحيحة وإنما كان ذلك من باب التعليم فإذا ما وصل إلى سن البلوغ أصبح مطالباً بها والله تعالى أعلم..
- أما عن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني فلم أقف على مادة تنص على التخيير بين المحضون ووالديه.

ويتفرع عن هذه المسألة عدة نقاط هي:

- يرى الحنابلة في المذهب أنه إذا اختار المحضون أحد الأبوين ذهب إليه، فإذا عاد واختار الآخر رد إليه لأن اختياره كان لشهوة نفسه كالطعام والشراب، فقد يشتهى المكث عند الأول ثم يشتهي بعد ذلك العودة إلى الآخر، وقد يشتهي التسوية بينهما وعدم الانقطاع عنهما[3].
- إذا لم يختر أحداً منهما فإنه يقرع بينهما لأنه لا ميزة تميز أحدهما عن الآخر ولا يمكن أن يجتمعا في آن واحد، وإن عاد فاختار أحدهما رد إليه[4].
- إن اختار الاثنين أقرع بينهما لعدم تفضيل أحدهما على الآخر، وإن ذهب مع من خرجت قرعته، وإذا لم يختر فالأم أولى به[5].

---

(1) عمارة بن ربيعة هو نفسه عمارة الجرمي.

(2) سبق تخريجه ص (129).

(3) انظر: ابن قدامة : المغني،ج9، ص143،ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388 ، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص238، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، المرداوي: الانصاف، ج9، ص430، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص329، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص266، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص307.

(4) انظر: ابن قدامة: المغني، ج9، ص144، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، ابن مفلح، المبدع، ج8، ص238، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص329، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، م3، ص266 .

(5) انظر: بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص110، الرافعي: العزيز، ج10، ص97، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص601، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص523.

- إذا وجد أحد الأبوين غير أهل للحضانة، فلا يخير الغلام لوجود المانع، وينتقل إلى من تتـوافر فيه شروط الحضانة، فإن زال عاد التخيير[1].

المسألة الثانية : تخيير المحضون بين أقاربه :

- ذهب الشافعية إلى أنه إذا فقد الأب لأي سبب وترك غلاماً فإنه يخير بين أمه وجده، واتفقوا مـع الحنابلة في الأظهر أنه يخير الغلام بين الأم وغيرها من العـصبات كـالأخ والعـم للعـصوبة وكذلك ابن العم عند الشافعية إذا كان المحضون ذكراً، أما الأنثى فلا لأنه غير محرم فتبقى مـع الأم، واستدلوا على صحة التخيير بين الأم والعصبات بما فعله على كرم الله وجهه عندما خيـر عمارة الجرمي بين أمه وعمه، والعم وغيره أشبهوا الأب في العصوبة[2].
- وكذلك يخير المحضون بين الأب والجدة، وبين الأب والأخت لغير الأب، وبينه وبين الخالـة... إلخ، وإن عاد عن اختياره بأن تبين له أن هذا الحاضن على غير ما ظنه فيه، أو تغيـر حالـة لسبب ما ، فله الرجوع، وإن غلب على الظن أن تغير المحضون راجع إلى قلة تمييـزه أعيـد إلى الحاضن الأول الذي كان عنده قبل التمييز[3].
- إن عدم الأبوين سلم إلى أخته أو عمته...إلخ، وخير بينهما وبين عصباته كما في الأبوين[4].
- إن استوى الاثنان في الحضانة كأختين مثلاً أقرع بينهما، لأنه لا شيء يميز إحـداهما عـن الأخرى هذا قبل سن التمييز أما بعد التمييز فيخير سواء أكان غلاماً أو جارية[5].

---

(1) انظر: الرافعي: العزيز، ج10، ص95-96، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص457، البهوتي، كـشاف القنـاع، ج5، ص583.

(2) انظر: الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص457، الرافعي: العزيز، ج2، ص96، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص108-109، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتـامر، م6، ص242، الـشرواني: حواشـي الـشرواني، ج10، ص651، الشيرازي: المهذب، ج2، ص173، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص524، ابن النجـار: منتهـى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص389، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص239، ابن قدامة: المغنـي، ج9، ص144، البهـوتي: منتهى الإرادات، م3، ص266، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص432، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص585.

(3) انظر: الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص457، الشيرازي: المهذب، ج2، ص173، الشرواني: حواشـي الـشرواني، ج1، ص651، بجيرمي: بجيرمي علي الخطيب، ج4، ص109، الغزالي، الوسـيط، تحقيـق إبـراهيم وتـامر، م6، ص242، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص585، البهوتي شرح منتهى الإرادات، م3، ص266.

(4) انظر: الشرواني: حواشي الشرواني، ج10، ص651، ابن قدامة: المغني: ج9، ص144.

(5) انظر: المرداوي: الإنصاف، ج9، ص430، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص585، ابن قدامة: المغني ج9.

الخلاصة :

- في حالة فقد أحد الأبوين فإنه يجرى التخيير بين المحضون وجده وبين المحضون وسائر العصبات كما في الأظهر عند الشافعية وعند الحنابلة، وكذلك بين الأم وجده، وبين الأخت والعمة وغيرهن إذا فقد الأبوين، وإذا خير بين الأختين فإنه يقرع بينهما إذا كان صغيراً قبل سن التمييز لعدم وجود ميزة تميز إحداهما عن الأخرى أما بعد التمييز فإنه يخير بينهما.

أما عن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

فلم أقف على مادة تنص على التخيير بين المحضون وسائر أقاربه بناء على أن المذهب الحنفي لا يقر التخيير بين المحضون ووالديه فمن باب أولى بين المحضون وأقاربه.

المسألة الثالثة : الآثار المترتبة على تخيير المحضون :

- أنه إذا اختار المحضون الأب أو الأم، لا يقوم من اختاره بمنع المحضون من زيارة الثاني لئلا يؤدي ذلك إلى قطع الرحم(1).
- إذا اختار الصبي الأم كان عندها ليلاً وفي النهار يذهب إلى أبيه لكي يعلمه الآداب وصنعة تناسبه، ولا يتركه للأم لعجزها عن ذلك(2).
- إذا وقع اختيار الجارية على الأم كانت عندها ليلاً ونهاراً، ويقوم الأب بالمتابعة لها حسب العادة(3).
- إذا اختار الغلام الأب كان عنده ليلاً ونهاراً، لا يمنعه من زيارة أمه(4).

---

(1) الشرواني: حواشي الشرواني، ج10، ص651، الرافعي: العزيز، ج10، ص96، الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص522، الشيرازي: المهذب، ج2، ص172.

(2) انظر: المراجع السابقة، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، ابن قدامة: المغني ج9، ص143، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص238، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص329، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388 ، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص307..

(3) انظر: الجمل: حاشية الجمل، ج4، ص522-523، الشيرازي: المهذب، ج2، ص172، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص458.

(4) انظر: المغني: ابن قدامة، ج9، ص143، ابن مفلح: المبدع، ج8، ص238، ابن قدامة: المقنع، ج3، ص329، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص583، ابن النجار: منتهى الإرادات تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص265، الزحيلي: الفقه الحنبلي، ج3، ص307.

الخلاصة :

- إذا اختار الصبي أمه كان عندها ليلاً وانتقل إلى أبيه كي يعلمه الآداب والصنعة، وإذا اختار الأب كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنعه من زيارة أمه لصلة الرحم، أما الفتاة إذا اختارت الأب كانت عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع الأم من زيارتها[1]، وإن كان الاختيار للأم كانت عندها ليلاً ونهاراً كذلك ولا تمنع الأب من زيارتها حسب العادة.

الفرع الثالث : ولاية الضم :

- المقصود من ولاية الضم أنه إذا بلغ المحضون فهل يحق له الاستقلال بنفسه والسكن حيثما أراد أم لا وهل يستوي في ذلك الذكر والأنثى، وهل الدعوى تشمل الوالدين فقط أم تتعدى إلى الأقارب...إلخ.
- ذهب الحنفية والشافعية في المذهب والحنابلة إلى أن الصبي إذا بلغ وأصبح رشيداً عاقلاً، يحق له الانفراد بالسكن ولا يضمه الأب إلى نفسه لزوال الولاية عنه وقدرته على التصرف بشؤونه[2]، أما إذا كان غير مأمون على نفسه أو يخشى عليه في الدين، أو كان مبذراً، فإن الأب يضمه إلى نفسه قياساً على ولاية حفظ المال، لأنه يقصد من الضم دفع الفتنة أو العار عن النفس فتثبت للأب لأنه يعير بذلك[3].
- ويرى الشافعية أن الأولى أن يضم البالغ مع والديه ليتمكن من برهما، قال الماوردي[4] عند الأب أولى للمجانسة بينهما، وإن كان البالغ أمرداً فلا يجب أن يفارق والديه[5].

---

(1) سبق الحديث عنه في مطلب سفر الحاضن.

(2) انظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص212، الحصكفي: الدر المختار، ج3، ص568، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص568، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص590، بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص115، الزركشي: م6، ص34، البهوتي: كشاف القناع، ص266، ابن النجار: منتهى الإرادات، تحقيق عبد الخالق، ج2، ص388.

(3) انظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص212، الحصكفي: الدر المختار، ج3، ص568، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص568، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص590

(4) الماوردي: هو علي بن محمد بن حبيب كنيته (أبا الحسن) بصري شافعي، سمي بالماوردي نسبة بيع ماء الورد الذي كان يعمل به والده، كان إماماً جليلاً يميل إلى مذهب الاعتزال، تلاميذه : أبو بكر الخطيب، والخطيب البغدادي، من مؤلفاته: الأحكام السلطانية، أدب الوزير، توفي سنة 450هـ. انظر: الماوردي : النكت والعيون، ص9-13، اسماعيل: أصول الفقه، ص161-162.

(5) انظر: بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص115.

- وأضاف الحنفية أنه إذا بلغ الصبي وكان مبذراً وكذلك الأب، فإن القاضي يقوم بتعيين وصي يحفظ لهما المال(1).
- أما الفتاة فقد فرق الحنفية والحنابلة في رواية بين البكر الثيب وأطلق الشافعية ولم يفرقوا بين الثيب والبكر.
- فقد اتفق الحنفية مع الحنابلة في رواية أن الأنثى الثيب إذا أمنت على نفسها فلها الحق في الاستقلال بنفسها(2). وأضاف الحنفية أن البكر المسنة(3) (الكبيرة في السن)تأخذ حكم الثيب المأمونة على نفسها(4)، أما الثيب الغير مأمونة على نفسها فالأب يضمها إلى نفسه(5).
- أما الأنثى البكر فيرى الحنفية والشافعية في المذهب، وكذلك الحنابلة في المذهب عندهم أن الأب يمنعها من الاستقلال بنفسها ويضمها إلى نفسه لسرعة انخداعها بالآخرين لفقدها الخبرة، فلا يؤمن عليها الوقوع في خداع كل طامع(6).
- ويرى الشافعية وهو المفتي به عندهم أن أمنت على نفسها يحق لها السكن حيثما شاءت، والأولى عند أحد الوالدين إذا كانا مفترقين أو عندهما إن كانا مجتمعين، وإن خشي عليها من الفساد فتسكن عند أمها(7).
- أما الحنابلة فيرون في الصحيح من المذهب أن تكون عند الأب حتى تتزوج، وقيل عند الأم، وقيل عند الأم إذا كانت غير متزوجة، أو متزوجة بمحرم للفتاة، وقيل إذا حكم بكونها راشدة فلها حرية الاختيار إن أمنت على نفسها(8).

---

(1) انظر: الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص569، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص569.

(2) انظر: الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص569، السرخسي: المبسوط، ج5، ص212، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص214، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص432.

(3) المسن: "من رأى البياض فهو أشيب وأشمط ثم شيخ، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مسن" ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص568.

(4) انظر: الحصفكي: الدر المختار، ج3، ص568، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص568.

(5) انظر المراجع السابقة، السرخسي: المبسوط، ج5، ص212.

(6) انظر: المبسوط: السرخسي، ج5، ص212، الكاساني: بدائع الصنائع، تحقيق معوض وعبد الموجود، ج5، ص214، الحصكفي: الدر المختار، ج3، ص568، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص568، الانصاري: الغرر البهية، ج8، ص588-589، الرافعي: العزيز، ج10، ص93، الشيرازي: المهذب، ج2، ص170، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص459، الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص266، البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص581.

(7) انظر: الانصاري: الغرر البهية، ج8، ص588-589، الرافعي: العزيز، ج10، ص93، الخطيب: مغني المحتاج، ج3، ص459، الخطيب: الإقناع، ج2، ص151.

(8) انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات، م3، ص266، المرداوي: الإنصاف، ج9، ص431-432.

الرأي الراجح :

- ما ذهب إليه الحنفية من أن الثيب المأمونة على نفسها تستقل بنفسها كذلك البكر المسنة، أما الثيب الغير مأمونة على نفسها والبكر فلا يحق لهن الاستقلال وتثبت للأب عليهن ولاية الضم لفقد الخبرة فلا يؤمن عليهن الوقوع في خداع الناس، إضافة إلى التمييز الدقيق بين الثيب والبكر، بخلاف المذاهب الأخرى فالشافعية لم يميزوا بين الثيب والبكر وأطلقوا القول بحيث يشمل كافة الأحوال، والحنابلة كذلك والله تعالى أعلم...
- إذا استغنى الصبي، أو حاضت الجارية، فللأب الحق في ضمها إليه من غيره، إذا كان الحاضن غير الأم والجدتين (الأم والأب) للعصوبة التي تربط بينهما، وكذلك الحكم للجدات، والأخ الشقيق، والأخ لأب في ثبوت ولاية الضم[1]، فإن كان الأخ أو العم غير مأمونين على البكر الصغيرة فلا تثبت لهما ولاية الضم لأن الولاية جعلت لدفع الفتنة، فإن وجدت فالقاضي ينظر من المسلمين امرأة ثقة يضعها عندها، أما إذا كانت البكر مسنة فلها الحق في الانفراد لاجتماع الرأي والعقل لديها[2].
- أما الشافعية فلهم وجهان في ثبوت ولاية الضم على البكر للأخ والعم[3].

الخلاصة :

- إن الأب أحق بضم المحضون إلى نفسه إذا كان الحاضن غير الأم والجدتين للعصوبة وفي حالة فقد الأب فإن الولاية تثبت للأخ والعم، إذا خشي منهما على الفتاة وكانت صغيرة، فالقاضي يضعها عند امرأة مسلمة ثقة وإن كانت كبيرة في السن فلها الحق في الانفراد بالسكن.
- إذا بلغت الفتاة وكانت في حضانة العصبة المحرم عليها، فله أن يسكنها عنده، أو في مكان آمن يلاحظها من خلاله خشية العار، ويمنعها نكاح غير الكفء والأمرد يأخذ نفس الحكم، وإن ارتاب الولي بالفتاة قولان، الأقرب منهما أن يكتفي بيمينه دون البينة دفعاً للفضيحة[4].

---

(1) انظر السرخسي: المبسوط، ج5، ص212، الحصكفي: الدر المختار، ج3، ص569، ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج3، ص569.

(2) انظر: السرخسي: المبسوط، ج5، ص213.

(3) انظر: الرافعي: العزيز، ج10، ص94.

(4) انظر: بجيرمي: بجيرمي على الخطيب، ج4، ص115، الأنصاري: الغرر البهية، ج8، ص590، الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص559-560، الخطيب: الإقناع، ج2، ص151، الرافعي: العزيز، ج10، ص94، الغزالي: الوسيط، تحقيق إبراهيم وتامر، م6، ص241.

- في حالة فقد العصبات للجارية إلا ابن العم، فالقاضي مخير إما أن يضمها إليه إن رآه صالحاً، أو أن يضعها عند امرأة أمينة[1].
- أما عن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني فلم أقف على مادة تنص على ولاية الضم بعد البلوغ الصبي أو الفتاة ولكن في المادة (391) نص على ولاية الأقارب في حالة فقد الأب والجد " إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للولد أب ولا جد يدفع للأقرب من العصبة أو للوصي لو غلاماً ولا تسلم الصبية لغير محرم فإن لم يكن عصبة ولا وصي بالنسبة للغلام يترك المحضون عند الحاضنة إلى أن يرى القاضي غيرها أولى له منها[2]"
- ورأى قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية في حالة فقد الأب أو الجد من ثبوت ولاية الضم إلى العصبات وفي حالة فقدها أو الخشية منها فللقاضي الخيار فيما يراه مناسباً.
- هذا ويتم رفع طلب دعوى الضم في المحكمة الشرعية، سواء أكانت الحاضنة (الأم) ما تزال في حكم الزوجية الصحيحة أو كانت مطلقة.

---

(1) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج4، ص374، الحصكفي: الدر المختار، ج3، ص569، السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج1، ص230، إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية، ص390.

(2) سيسالم وآخرون: مجموعة القوانين الفلسطينية، ج10، ص63.

نموذج لرفع دعوى طلب الضم بحق الزوجة التي ما تزال تحت عصمة الزوج :

بسم الله الرحمن الرحيم

حضرة صاحب الفضيلة قاضي الشرعي المحترم.

المدعي/

المدعي عليها/

الدعوى/ طلب ضم

إن المدعي عليها المذكورة هي زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي ولا تزال الزوجية الصحيحة الشرعية قائمة بيننا حتى اليوم وقد تولد لي منها على فراش الزوجية مواليد

وقد تجاوز سن حضانة النساء وأصبح بحاجة إلى حضانة الرجال وتربيتهم وأن أحق الناس بحضانة وتربيت وأهل لهذه الحضانة.

أطلب من محكمتكم الموقرة جلب المدعي عليها المذكورة

والحكم لي عليها بضم وأمرها بتسلم لي ومنعها من التعرض لي وتضمينها الرسوم والمصروفات القانونية وإجراء المقتضى الشرعي.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

المدعي

نموذج لرفع دعوى طلب الضم للزوجة المطلقة :

بسم الله الرحمن الرحيم

حضرة صاحب الفضيلة قاضي   الشرعي المحترم.

المدعي/

المدعي عليها/

الدعوى/ طلب ضم

أعرض لفضيلتكم أن المدعي عليها   المذكورة كانت زوجتي ومدخولتي بصحيح العقد الشرعي وقد تولد لي منها أثناء قيام الزوجية الصحيحة الشرعية وموجود عند المدعي عليها   المذكورة وقد تجاوز سن حضانة النساء وأصبح بحاجة إلى حضانة الرجال وتربيتهم وأن أحق الناس بحضانة وتربيت وأهل لهذه الحضانة .

أطلب من محكمتكم الموقرة جلب المدعي عليها   المذكورة والحكم لي عليها بضم وأمرها بتسلم لي ومنعها من التعرض لي وتضمينها الرسوم والمصروفات القانونية وإجراء المقتضى الشرعي.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

المدعي

المبحث الثاني

واقع دور المؤسسات الفلسطينية في حضانة الطفل

المبحث الثاني

واقع دور المؤسسات الفلسطينية في حضانة الطفل

- إذا ما حدثت فرقة بين الزوجين بطلاق، أو وفاة، فإن الحضانة تثبت (للأم) إذا ما توفرت فيها شروط معينة، فإذا فقدت شرطاً، انتقلت الحضانة منها إلى (الجدة) أم الأم... وهكذا ينتقل المحضون من شخص لآخر، ضمن قيود وشروط وضعها الفقهاء مع الاختلاف في بعض الشروط والترتيب بين الحواضن، حتى إذا ما فقد هؤلاء الأقارب، أو وجد أحدهم ولكنه كان غير أمين على الطفل قام القاضي بوضعه عند امرأة أمينة تتولى رعايته.
- فالمحضون إذن يمر بظروف غير طبيعية، وكي لا يشعر بالنقص أو العجز قامت الشريعة الغراء بوضع سياج حامٍ لضمان الاستقرار والعيش الرغيد قدر المستطاع له.
- أما في مبحثنا هذا فالوضع جداً مختلف، إذ يقوم بعملية التربية والإشراف على المحضون، أشخاص لا يمتون له بصلة، عبر مؤسسات تشرف عليها الحكومة، أو أناس مهتمين بوضع هؤلاء الأطفال وللإطلاع على واقع دور تلك المؤسسات قامت الباحثة بإعداد استبانة تتناول مجالات الحياة المختلفة الديني ويشمل الخلقي والمجال النفسي والجسمي والمجال المعرفي وأخيراً الاجتماعي، من باب الاطمئنان على مصير تلك الشريحة التي أجبرت على العيش في تلك المؤسسات إما بسبب حكم القضاء وهذا نادر، أو نتيجة ظروف معينة إضطرت الأهل ترك الأبناء داخل تلك المؤسسات لفترات مختلفة تتراوح بين اليوم والشهر والسنة وقد تستمر حتى سن البلوغ .
- وعليه فإني سأقوم بعرض المجالات الأربعة السابقة الذكر من خلال بنود يتم طرحها تحت كل مجال، ثم تحليل تلك البنود، استناداً إلى الطرق العلمية المعروفة لمعرفة نتائج تلك البنود ومن ثم الحكم على واقع دور المؤسسات.

بسم الله الرحمن الرحيم

نبذة مختصرة عن موضوع الرسالة

1- الحضانة نوع من أنواع الولاية الثابتة للطفل منذ ولادته وحتى سن البلوغ، ويقصد بها ولاية التربية، وتهدف إلى صيانة وحفظ الصغير من الهلاك والضياع، وهي شاملة لعدة حقوق، حق الطفل، وحق الأم، وحق الأب، لذا لا تجبر الأم على حضانة الطفل إلا إذا تعينت عليها، فإذا ما تعارضت تلك الحقوق قدم حق الصغير على الجميع.

2- الأم هي الأولى بحضانة الطفل من غيرها، في حالة وقوع الفرقة بينها وبين زوجها، إما بالطلاق، أو الوفاة، لما تتمتع به من شفقة وحنان ورحمة فطرها الله عزوجل عليها، وذلك إذا كانت أهلاً لها، بأن توافرت فيها شروط معينة، للحفاظ على الطفل فإذا ما فقدت شرطاً من تلك الشروط سقطت حضانتها له، وانتقلت إلى غيرها من الحواضن حسب الترتيب المعمول به عند كل مذهب.

3- تقدم حضانة النساء على حضانة الرجال، فإذا ما فقدت النساء الحواضن انتقلت الحضانة إلى الرجال، وفي حالة اجتماع الحواضن الذين هم في درجة واحدة، يقدم الأورع منهم، فإن تساووا في ذلك قدم الأكبر سناً وهكذا.

4- يجب أن تتوفر في الحاضن شروط معينة كي يستحق الحضانة، منها شروط عامة في الرجال والنساء، وأخرى خاصة في النساء، وثالثة في الرجال، تهدف بمجموعها إلى تكوين سياج حامٍ للطفل من كل سوء وضرر.

5- تسقط الحضانة عن الحاضن إذا فقد شرطاً من شروطها، وتعود إليه إذا زال مانع الاستحقاق.

6- أجرة الحضانة، وكذا أجرة المسكن واجبة على الأب، لأنه هو المكلف بذلك من قبل الشارع، إلا إذا كان معسراً، ويبدأ تاريخ استحقاق الأجرة من التاريخ الفعلي للحضانة بالنسبة للأم، ولغير الأم من تاريخ الطلب، أو الحكم بها.

7- يحق للأم والأب رؤية المحضون إذا كان مقيماً عند إحدهما دون الآخر وذلك حسب العادة والعرف مع مراعاة مصلحة المحضون والأم من باب الحرص على عدم قطيعة الرحم.

8- أن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني يستمد نصوصه وتشريعاته من الفقه الإسلامي، وفي الغالب من الفقه الحنفي، استناداً إلى قانون حقوق العائلة المطبق في قطاع غزة في العام (1956) من قبل الحكومة المصرية، والمطبق في الضفة الغربية في العام (1976) من قبل الحكومة الأردنية.

9- النسبة في نتيجة الاستبانة التي تحدثت عن واقع دور المؤسسات الفلسطينية في حضانة الطفل والتي بلغت 88.87% مرتفعة بحيث لو طبقنا هذه الاستبانة على أسر تقوم بنفسها على تربية المحضون لحصلت على نسب مساوية أو أقل منها.